
الإمام محمد أبو زهرة
الملكية ونظرية العقد
في الشريعة الإسلامية
دار الفكر العربي

٢٥٣ م ح م ل

محمد أبو زهرة.

الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية/ محمد أبو زهرة.ـ القاهرة : دار الفكر العربى، ١٩٩٦.

٤٠٠ ص ؛ ٢٤ سم.

يشتمل على إرجاعات ببليوجرافية.

تدمك : ٦ ـ ٦١ ـ ٠٣٠٦

١ ـ الملكية (الشريعة الإسلامية). ٢ ـ نظرية العقد (فقه إسلامى). أ ـ العنوان.

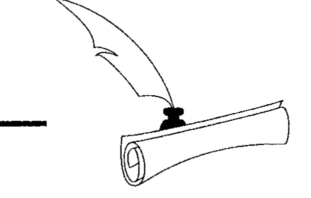
التصميم والإخراج الفنى / سهيل سيد العبد

رقم الإيداع	١٩٧٧/٣٧٢٢
الترقيم الدولى I-S-B-N	306-61-6



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة



الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد . . فقد قمت بتدريس المعاملات المالية فى الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق عامين متتاليين، وهذا ثالثهما، ولقد كانت ثمرة تلك الدراسة هذا الكتاب الذى أخرجه للناس، تهديت فيه الطريق الذى أنارته لى معالجة الدرس، ومداومة البحث فى مصادر الشريعة ومواردها، ولقد عنيت فيه بأمرين، جعلتهما هدفًا مقصودًا، وغرضًا منشودًا :

أحدهما : شرح أدلة الأحكام وتوجيهها، لا أذكر قضية إلا بينت عمادها من النقل، وسنادها من العقل، وأصلها من الفقه؛ وذلك لأن روح الفقه الاستدلال، ومثل الأحكام من غير أدلتها مثل الجسم قد فقد الروح. وإن الأحكام الشرعية هى آراء رجال مضوا استنبطوها تحت راية القرآن الكريم والحديث النبوى الشريف، ومن حق هؤلاء الأسلاف أن نذكر ما قالوه مقرونا بأدلته، مؤيدًا بحججه، ليكون ذلك دفاعهم عن آرائهم أمام الأخلاف، وما الذى يذكر الأحكام من غير أدلتها إلا كمن يتقدم فى الخصام أمام القضاء، طالبًا حقًّا من غير دليل يقدمه أو بينة يقيمها، معتمدًا على عطف الخصوم، وقد تنكروا له.

وإن الاستدلال يربى فى طالب القانون روح التمحيص ومناقشة الآراء، ويشحذ ذهنه، ويرهف مداركه، ويعوده تلمس الحق فى متنازع الآراء، ومضطرب الأفكار.



الأمر الثانى : مما عنيت به بيان القواعد الفقهية التى انفرعت منها فروع الشريعة، وانشعبت منها مسائلها، فإنى رأيت قالة قد شاعت، بين قوم، قوامها أن الشريعة ليست إلا حلولا جزئية، فكان جد لازم على أن أعنى بقواعد الشريعة وأن أضعها فى مطارح أنظارهم، عساهم يبصرونها، وأن أقربها من أيديهم عساهم يلمسونها، فجمعت من القواعد فى هذا الكتاب ما قد يرد الحق إلى نصابه، وينصف حقيقة طالما تجنى عليها النظر العاجل، والبحث الناقص الذى لايعتمد على الاستقراء والتتبع.

وأنا لا أدعى بصنيعى فى هذا الكتاب أنى قد أتيت ببدىء لم أسبق به، بل لقد سبقنى إلى خدمة الشريعة رجالات خدموا الفقه الإسلامى فى هذا الجيل، وكانت مدرسة القضاء الشرعى، وكلية الحقوق الميدانين اللذين برز فيهما أولئك الأقطاب، رحم الله من مضى منهم، وحفظ لنا من بقى، ورضى عنهم جميعًا وأرضاهم، ووفقنا لأن نقتفى آثارهم، والله الهادى إلى سواء السبيل.

محمد أبو زهرة

٢٠ جمادى الأولى ١٣٩٦ هـ

٢٠ مايو سنة ١٩٧٦ م



إلمامة موجزة بتاريخ الفقه الإسلامى [1]

١ ـ الشريعة الإسلامية تعتمد على الدين، وتقوم على أساسه، وتسير على هديه. وفقهاء المسلمين مهما تتشعب مسالكهم، وتتنوع مشاربهم، وتتخالف مناهجهم ـ يتجهون جميعًا صوب الدين، وينهلون من عذبه. كل يقول قوله، ويذهب مذهبه، على أنه شرع الله وفهمه لدين الله، فأبو حنيفة مثلا يقول فى آرائه فى العبادات، ومعاملات الناس، ونظام الأسرة، والعقوبات الزاجرة ـ إنها فهمه للإسلام، وشرعه فى هذه المسائل جميعًا. وكذلك غيره من أعلام الأئمة، وفقهاء المسلمين، كلهم يمتون إلى هذا الدين بنسب، ويربطون بين ما يستنبطون والوحى المنزل على لسان النبى المرسل بأسباب تقصر وتطول، وتقرب وتبعد.

ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام ـ فلن يفهمها على وجهها الصحيح، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع إلى أصولها، والنتائج إلى مقدماتها، والأحكام إلى غاياتها، والآراء إلى مقاصد قائليها، وإن من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرًا يكون من غير شجر، وأن غصونًا تقوم على غير جذوع.

وليس فى كون الفقه الإسلامى مستمدًا ينابيعه من الدين، وقائمًا على أساسه ـ غض من قيمته ولا نقص من قدر المستنبطين له المفرعين لفروعه، لأن أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم، وقويم إدراكهم، أن قوانين

(١) هذه إلمامة موجزة أشد الإيجاز كتبناها تصديرًا لهذا الكتاب ليكون الطالب القانونى على نوع من البينة بأدوار الفقه، ويستطيع أن يدرك محتويات الكتاب، ولنترك التفصيل إلى درس تاريخ الفقه وأصوله فى السنة الرابعة بكلية الحقوق المصرية.



تستمد من الدين، ويظلها بظله، تكون أمسَّ بالوجدان، وأمكن فى الضمير، وأقر فى النفس، يطيعها الناس لابعصا السلطان ولا بقهر الحكام، بل بصوت من القلب، ورهبة من الديان، ورغبة فى النعيم المقيم، فتكون الطاعة إرهافًا للإحساس، وإيقاظًا للمشاعر، وتنمية لنوازع الخير، وتطهيرًا للنفس من نوازع الشر، ولاتكون الطاعة ضربًا من ضروب المسكنة، والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان ما فى القانون من داعيات الخير، ومرامى الإصلاح؛ إذ ينفذ على أنه إرادة الحاكم، ورغبة السلطان، وهما واجبا الطاعة من غير أى نظر وراء ذلك.

وإن جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها لأن الناس يستشعرون الخشية من الله؛ إذ يحاولون الفرار، ويحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله، إذا ضعفت مراقبة الإنسان.

وإن ربط القانون الإسلامى بالدين جعله مرتبطًا كل الارتباط بقانون الأخلاق، وبما تطابقت الجماعات الإنسانية قاطبة على أنه فضائل، فلا تنأى فروع من هذا القانون ولاقواعده عن الأخلاق الكريمة، فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق، ويكونان صنوين متحدين متلاقيين، ومن قبلها كان ذلك حلما للفلاسفة والمصلحين، يحلمون به، فإن حاولوا تطبيقه، أيقظتهم الحقيقة، وأيأسهم الواقع المستقر.

وإن استمداد الفقه الإسلامى ينابيعه من الدين جعله شاملا فى سلطانه للراعى والرعية، وجعل القانون مسيطرًا على الحاكم والمحكوم؛ فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أنتم مقيدون بأحكام الشريعة، وأنتم مسئولون عن تنفيذها؛ وذلك فى أزمان كانت سلطة الحكام فيها مطلقة بلاقيد يقيدها، ولا نظام يضبطها، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيدًا للحكام، وتهذيبًا للمحكوم.

٢ ـ ومن أجل أن الشريعة تستمد سلطانها من الدين وجب ـ ونحن نتقصى أدوارها، ونتتبع مدارجها ـ أن نرجع إلى زمن الوحى، والرسول ينزل عليه هذا الدين الكريم؛ فأول دور من أدوار الفقه الإسلامى كان فى عصر الرسول ﷺ، ولم يكن الفقه فى هذا الدور من عمل الناس، بل كان المرجع هو الرسول صلوات

الله وسلامه عليه، يستفتونه فيما يعرض لهم من شئون، وما يلابسهم من أمور تتعلق بأسرهم، أو باجتماعهم، أو بمعاملاتهم، فيفتيهم بوحى من الله بقرآن ينزل، أو بوحى يوحى، أو باجتهاده عليه السلام ثم يقره الله تعالى، وإن كان خطأ نبهه الله إلى الصواب فيه[1]. ولم يكن من الناس فى عصر النبى ﷺ اجتهاد إلا إذا كانوا بعيدين عنه، ويعرض لهم مالا يجدونه فيما علموا من قرآن أو فتاوى الرسول، فيجتهدون، وإذا لقوه عليه السلام عرضوا عليه ما توصلوا إليه، فيقرهم إن كانوا مصيبين، ويبين لهم الحق إن كانوا مخطئين؛ ولذلك كان من الحق علينا أن نقول أن القانون الإسلامى فى عصر النبى ﷺ كان يعتمد على القرآن الذى نزل على النبى ﷺ، وعلى أقواله وفتاويه وأحكامه عليه الصلاة والسلام؛ ونتكلم فى كل من هذين القسمين كلمة.

٣ ـ القرآن الكريم : هو معجزة النبى ﷺ الكبرى، نزل به الروح الأمين على النبى ﷺ فى ثلاثة وعشرين عامًا منجمًا، تنزل عليه الآية أو الآيات لما يناسبها من موضع لدعاية، أو مقام لهداية، أو أحداث اجتماعية، لتكون تلك الأحداث مبينة لمرماها، وليكون الناس على بينة من حكمة الشريعة فيها، وليكون المؤمنون أكثر إقبالا عليها، إذ تنزل وقت الحاجة إليها، وكثيرًا ما كانت تنزل الآية بعد تكرار السؤال فى موضوعها، فيكون معناها متمكنًا فى النفس أفضل تمكن.

وفى القرآن سور مكية، وأخرى مدنية، فالمكية ما نزلت بمكة، والمدنية ما نزلت بالمدينة، والسور المكية تتصدى فى أكثر ما تتصدى له لبيان الأصول الأولى للإسلام، فتبين العقيدة الإسلامية، وأساس الوحدانية، وتجادل المشركين، ثم تبين بعض العبادات التى تؤكد عقيدة التوحيد، وتثبيتها فى القلوب، ولاتتصدى إلا قليلا لبيان الشرائع التى تنظم المدينة والأسرة، وتربط الجماعة الإنسانية بأواصر من المودة والرحمة. وحكمة ذلك جلية واضحة؛ فإن المسلمين الأولين كانوا مستضعفين فى الأرض يسامون الخسف، ويلاقون الحتف، وهم يلاحون المشركين،

---

(١) كما فى مسألة أسرى بدر إذ قرر فداءهم باجتهاده مع الصحابة فنزل قوله تعالى : ﴿**ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض**﴾ الآية.



ويناضلونهم بسهام من الحجج لإثبات التوحيد، وبطلان الشرك، وتنزيه النفس عن بوائق الجاهلية، وأدران الوثنية، ولم تكن قد تكونت منهم وحدة اجتماعية تستقل بشئون نفسها، ويشرع لها من النظم ما تسير عليه وتحكم به، حتى إذا هاجر النبى إلى المدينة، وكان من المسلمين جماعة مستقلة بأمورها، لها وحدة جامعة، وشوكة وقوة نزلت الآيات القرآنية المنظمة لهذا الاجتماع، الرابطة بين آحاده، فلهذا كانت السور المدنية مشتملة على الشرائع والأحكام، لتتكون بها من هذه الجماعة المدينة الفاضلة التى كانت أمنية المصلحين والمفكرين، لذلك نقول أن أكثر شرائع القرآن كانت بالمدينة، لأن أكثر آيات الأحكام نزل بالمدينة.

وليست التفرقة بين المكى والمدنى من سور القرآن الكريم معناها أنهما قسمان متقابلان أو نوعان متغايران، بل إنهما يكونان وحدة متلاقية متناسبة الأجزاء، وأن المكى أصل يبنى عليه المدنى، أو المكى ابتداء، ونهايته المدنى، ويقول الشاطبى فى موافقاته «إن المدنى من السور ينبغى أن يكون منزلا فى الفهم على المكى، وكذلك المكى بعضه مع بعض، والمدنى بعضه مع بعضه، والدليل على ذلك أن معنى الخطاب المدنى فى الغالب مبنى على المكى، كما أن المتأخر من كل واحد منهما مبنى على متقدمه. دل على ذلك الاستقراء، وذلك إنما يكون ببيان مجمل أو تخصيص عموم، أو تقييد مطلق، أو تكميل ما لم يظهر تكميله» [1]. وكأن الشاطبى يرمى بهذا القول إلى تقرير حقيقة ثابتة، وهى أن القرآن مترابط الأجزاء، بعضه آخذ بحجز بعضه إلى غاية واحدة، وهو متماسك بعروة واحدة، هى إصلاح الناس فى معاشهم، وإقامة بنيانهم على دعامة من الفضيلة والرحمة، وهو فى هذا يسير سير التدرج، والتنقل من المألوف إلى غيره، ولا يصار إلى الثانى، حتى تستأنس النفس به وتسكن إليه.

ولقد يبدو بادى الرأى أن القرآن الكريم، غير متصل الأجزاء اتصالا منطقيًا، كما يبدو فى الكتب التى يؤلفها الناس، ولكن من المؤكد الذى لاريب فيه عند الذين يفقهون ما ينبغى للمصلح أن يسلكه أن القرآن مرتب مسلسل من الناحية

(١) الموافقات ـ الجزء الثالث ـ ص ٢٤٥.

الاجتماعية الإصلاحية، فهو قد عالج نفوس العرب من شماسها، وطب لها بما أخرجها عن شكاسها، وكانت الآيات تنزل فى المناسبات مصلحة أو معالجة عندما يجدى العلاج، وهى تعطى للمدرك الأريب صورة المصلح كأنه الطبيب البارع، يحمل المبضع عندما يشتد ألم القرحة، ويهون بجواره ألم البضع [1]، فالآيات القرآنية مترابطة من حيث إصلاحها تنزل الآية لإصلاح حال قد حان حينه، وجاء إبانه، وهى تسير فى هذا بخطوات متلاحقة كل خطوة متممة لسابقتها، وممهدة للاحقتها، حتى إذ تم نزوله كملت الشريعة، وكان بين يدى الناس وحدة كاملة فيها إصلاح للناس، وفيها هداهم، وفيها أصول لأكمل الشرائع، ولقد صدق الله تعالى، إذ يقول : ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينًا**﴾. [المائدة : آية ٣].

٤ ـ وإن القارئ لفقه القرآن الكريم المتفهم له يلاحظ ثلاثة أمور واضحة بينة :

أحدها : أن الآيات القرآنية التى تتعرض لبيان أمر شرعى واجب الاتباع لازم الأداء تقرن الحكم بالحكمة، والأمر بما فى الإجابة من نفع للمطيع ومصلحة للناس، فتحريم الخمر مثلا اقترن بحكمته، وصاحبه بيان مغبة العصيان وغايته، إذ يقول تعالت كلماته : ﴿**يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون * إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون**﴾. [المائدة : آية ٩٠، ٩١]. ونرى أنه سبحانه وتعالى فى آية المداينة بعد أن طلب من المتداينين أن يكتبا، وبين ما يجب أن يكون عند الكتابة، يقول فى بيان الحكمة والغاية الصالحة : ﴿**ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة، وأدنى ألا ترتابوا**﴾. [البقرة : آية ٢٨٢]. وربما لايكتفى فى بعض آى القرآن الحكيم

---

(١) والمثال الحى لذلك آيات الخمر، نبه أولا فى رفق إلى إثمها، ثم نهى عن قربان الصلاة والشخص سكران، حتى إذا أنسوا بالامتناع، وأرهف إحساسهم، فأدركوا مساوئها، حتى لقد قال قائلهم : اللهم بين لنا فى الخمر بيانًا شافيًا. نزل النهى القاطع : ﴿**يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ...**﴾ إلخ.

بالحكمة والوصف المناسب للطلب أو المنع، بل يضاف إلى ذلك الترهيب بعذاب الله ومقته ينزل بالعصاة الآثمين كما ترى فى النهى عن أكل أموال الناس إلا بالرضا، فالله سبحانه وتعالى يقول : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا * ومن يفعل ذلك عدوانا وظلمًا فسوف نصليه نارًا وكان ذلك على الله يسيرا**﴾. [النساء : آية ٢٩، ٣٠]. وكما ترى فى قوله تعالى فى تحريم الربا : ﴿**الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون * يمحق الله الربا ويربى الصدقات والله لايحب كل كفار أثيم**﴾. [البقرة : آية ٢٧٥، ٢٧٦]. إلى أن يقول تعالت آياته : ﴿**يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لاتَظلمون ولا تُظلمون * وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾. [البقرة : آية ٢٧٨ ـ ٢٨٠]. وهكذا ترى اقتران الأمر القانونى بحكمته، والترغيب عند الطاعة، والترهيب بالعذاب فى اليوم الآخر عند المعصية، وما ذاك إلا لأن القرآن كتاب هداية عامة وإرشاد، وتهذيب للنفس، وتطهير لها من أدران الإثم والطغيان؛ فلم يكن قانونًا ككل القوانين، تحكم صياغته، وسوط العذاب وغيابات السجن تتولى التنفيذ، بل إنه قانون السماء، وشرع الله يحمل فى نفسه ذرائع تنفيذه، ويخاطب الوجدان، فتتمتع النفس عن العصيان؛ ويكون من الخشية والروعة والرهبة ـ رقباء على التنفيذ، لاتعزب عن رقابتها شاردة، ولا نازعة من شر، وذلك لمن ذاق حلاوة القرآن، وخالطت قلبه بشاشته، ومازجت نفسه هدايته، فهو قانون الله وحديثه للناس، يرون فيه رياض الروح، ونور الله، ورهبة المنتقم الجبار، لقد صدق الله العظيم إذ يقول : ﴿**الله نزل أحسن الحديث كتابًا متشابهًا مثانى تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ثم تلين جلودهم وقلوبهم إلى ذكر الله ذلك هدى الله يهدى به من يشاء ومن يضلل الله فما له من هادٍ**﴾. [الزمر: آية ٢٣].

ثانيها : أن الآيات التى تتصدى لبيان الأحكام قليلة إن أضيفت إلى مجموع آى الكتاب الكريم فمجموع آى القرآن نحو ستة آلاف آية تصدى لبيان الأحكام منها نحو مائتين على خلاف فى بعض هذه الآيات من حيث دلالتها على الأحكام، ويلاحظ أن تلك الآيات منثورة فى القرآن الكريم، وليست مفصولة عن سائر آيه، ولاتجتمع آيات الموضوع الواحد فى موضع واحد بل تتفرق، فنجد الآيات المتعلقة باليتامى فى مواضع فى كتاب الله متفرقة تتباعد وتتقارب. ففى سورة البقرة، وفى سورة النساء، وفى سورة الأنعام، وفى سورة الإسراء وغير ذلك. وأحيانا تجد أكثر الأحكام الخاصة بموضوع فى موضع، والقليل منه فى مواضع كأحكام النكاح تجد أكثر ما تعرض لها القرآن فى سورة النساء والباقى متفرق فى سور مختلفة، والميراث كذلك. والطلاق تجد أكثر أحكامه فى سورة البقرة، حتى سماها بعض الصحابة سورة الطلاق الكبرى، والقليل فى بعض سور أخرى، وهكذا تجد الموضوع الواحد يبين حكمه القرآن الكريم فى عدة مواضع.
وهنا يتساءل الباحث: لماذا لم تجتمع أحكام الموضوع الواحد فى موضع لاتعدوه ؟ والجواب عن ذلك أن القرآن ليس قانونًا مؤلفًا ذا مواد، وليس كتابًا علميًّا مجزأ الأبواب متميز الفصول، بل هو كتاب هداية وإرشاد ينحو فى أسلوبه وسياقه وتقسيمه منحى التأثير، لامنحى التأليف، يخلط الموعظة الحسنة بالأمر الشرعى، والترغيب والترهيب بالمنع والتحريم،وما فيه مصلحة بنى الإنسان ببيان سلطان الله وجبروته، ويخلط ما فيه إقامة العدل والقسطاس المستقيم بالجزاء يوم الدين بالنعيم المقيم أو العذاب الأليم، وإذا كانت الغاية من نسق القرآن هى التأثير فى النفس، وجعل أحكامه تنساغ فيها من غير قوة خارجة عنه إلا لمن عاث فى الأرض فسادًا ـ اقتضت حكمة الله، وهو العليم الخبير أن يسير فى كتابه على نهج يحاكى خواطر النفوس، وخلجات القلوب، لا على نهج التأليف والتجميع الذى يأخذ البشر به أنفسهم فيما يؤلفون. هذا، وما كانت تنزل آيات الأحكام فى الموضوع الواحد دفعة واحدة، بل كانت تنزل للمناسبات، وعلى حسب ملابسات الاجتماع، ليستدرجهم ربهم إلى أحكامه مما يألفون، وبمقدار ما يطيقون، فينزل من أحكام الموضوع ما يأنسون به، حتى إذا تهذبت بالإيمان النفوس، وأصبحت تألف ما لم

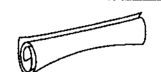
تكن تألف نزل من الأحكام ما صاروا يستأنسون به بعد الاستيحاش. ولعل ذلك كان من أسباب عدم تجمع أحكام الموضوع الواحد فى موضع واحد.

ثالثها : أن القرآن الكريم لم يبين الأحكام بالتفصيل، بل ذكرها بالإجماع، وليس ذلك مقصورًا على بيان ما يتعلق بنظام المجتمع، بل فيما يتعلق بالعبادات كذلك، فقد أمر بالزكاة، ولم يفصل أحكامها، وأمر بالصلاة ولم يبين أركانها. وفى معاملات الناس، وتنظيم اجتماعهم يتصدى للقضايا الكلية لا يفصل الفروع الجزئية، فهو ينهى الناس عن أكل الأموال بالباطل من غير أن يبين أنواعه، ويحصى فروعه، ويجعل الرضا سببًا عامًا فى انتقال الأموال والحقوق من غير أن يعين ما يدخل فى عمومه، ويأمر بالوفاء بالعقود والقيام بالتعهدات من غير أن يبين أنواعها وأقسامها، ويأمر بالعدل من غير أن يبين ذرائع تحقيقه، ويأمر بالشورى فى مثل قوله تعالى : ﴿**وأمرهم شورى بينهم**﴾. [الشورى : آية ٣٨]. من غير أن يبين أساليبها، وطرقها. وهكذا تجد القرآن فى تنظيم المجتمع ومعاملات الناس بيَّن القواعد الكلية، ولم يبين التفاصيل الجزئية، وذلك لأن القرآن الكريم يخاطب بأحكامه المؤمنين به فى كل زمان ومكان، والناس لايكادون يختلفون فى القواعد الكلية التى يقوم عليها بنيان الاجتماع، والتعامل بين الناس، فالبيئات الاجتماعية والفكرية والطبيعية مهما تتخالف وتتباين بحسب الأماكن والأزمان، والأجناس، فلن يصل خلافها إلى القضايا الكلية، بل لايعدو الفروع والجزئيات. من أجل هذا تصدى القرآن لبيان الكليات فقط، فكان صالحًا لكل زمان ولكل مكان، وإن الكليات تشتق من الفطرة الإنسانية، وتستقى من ينبوعها، وفطرة الإنسان لاتؤثر فيها البيئات، فجاء القرآن كاشفًا عن تلك الفطرة مبينًا لقضاياها، فكان الإسلام بحق دين الفطرة : ﴿**فطرة الله التى فطر الناس عليها لاتبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لايعلمون**﴾. [الروم : آية ٣٠]. ولأن القرآن الكريم لم يقصد فى بيان الأحكام إلا للكليات، ولم يخض فى التفصيلات كانت آيات الأحكام مع قلتها، شاملة جامعة ترجع إليها كل أحكام الشريعة وتفاصيلها، ولذلك عد القرآن الكريم الحجة الكبرى والمرجع الأول، بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد لهذه الشريعة الغراء، وغيره من المصادر تفصيل

لحكمه، أو توضيح له، أو تخريج على أصوله، أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متشابهة، فيجب الاستمساك به، والرجوع إليه أولا. ولقد قال رسول الله ﷺ: «إن هذا القرآن حبل الله، وهو النور المبين والشفاء النافع، عصمة لمن تمسك به، ونجاة لمن تبعه، لايعوج فيقوم، ولايزيغ فيستعتب، ولاتنقضى عجائبه، ولايخلق على كثرة الرد».

٥ ـ **السنة النبوية**: وهى المصدر الثانى للشريعة الغراء، وقد كانت هى القطب الذى اعتمد المسلمون عليه فى شرائعهم فى حياة النبى ﷺ، فما كان المسلمون الأولون فى عهده يرجعون فيما يشكل عليهم من أمورهم إلى الكتاب رأسًا، بل كان النبى يبينه لهم، ويوضح ما يخفى عليهم من أحكامه، فالنبى كان المرجع فى كل شىء، فى بيان القرآن، وفى الفتيا فيما لم ينزل فيه قرآن، وفى الأقضية بينهم، وكل ذلك بوحى يوحى أو باجتهاده الذى يقره الله عليه، وبهذا الإقرار وعدم التنبيه على الخطأ يرتفع إلى منزلة الموحى به ما دام فى أمر يتصل بالشرع الشريف وحكم من أحكامه.

وكلمة السنة تطلق على أقوال النبى ﷺ وأفعاله، وتقريراته. وسنة رسول الله ﷺ يجب الأخذ بها والسير على منهاجها لأنها الحجة الثانية لهذا الدين، وبهذا أمر القرآن الكريم، فلقد قال الله تعالى: ﴿**من يطع الرسول فقد أطاع الله**﴾. [النساء: آية ٨٠]. وقال: ﴿**فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم**﴾. [النور: آية ٦٣]. وقال تعالى: ﴿**ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا**﴾. [الحشر: آية ٧]. وقال عز من قائل: ﴿**وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا**﴾. [النساء: آية ٥٩]. وقال: ﴿**فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا فى أنفسهم حرجًا مما قضيت ويسلموا تسليمًا**﴾. [النساء: آية ٦٥]. ولقد تنبأ ﷺ بأنه سيجىء أقوام يتشادقون بأنهم لايرجعون إلا إلى كتاب الله، فقال: «يوشك رجل منكم متكئًا على أريكته يحدّث بحديث عنى، فيقول: بيننا وبينكم كتاب الله، فما وجدناه فيه من حلال استحللناه، وما وجدناه فيه من حرام حرمناه، ألا وإن ما حرم رسول الله (ﷺ) مثل الذى حرم الله».



٦ ـ كل هذا يدل على أن السنة النبوية حجة فى هذه الشريعة، وكان عليها الاعتماد مع القرآن فى عصر النبى عليه الصلاة والسلام، بل كانوا لايعولون فى بيان القرآن إلا على ما يسمعونه منه ﷺ كما أشرنا. ولكن هل كل ما ورد عن النبى عليه الصلاة والسلام وكل ما كان منه يراه المسلمون حجة يجب الاستمساك بها، ودينا يجب اعتناقه، وهدى يجب السير على نوره؟، لأجل الإجابة عن هذا السؤال يجب التفرقة بين ما يفعله على أنه تبليغ لرسالة ربه، وتبيين لأحكام شرعه، وبين ما يفعله على أنه بشر، وما يرتئيه على أنه شأن من شئون الحياة يتقارب علمه فيه مع علم الناس، فأما الأول فهو الحجة الشرعية، والمصدر الثانى للشرع الإسلامى سواء أكان مستندًا إلى الوحى أم إلى اجتهاد النبى ﷺ، لأن اجتهاده ﷺ بمنزلة الوحى؛ إذ قد عصمه أن يتقرر رأيه على الخطأ، واجتهاد النبى ﷺ ليس مقصورًا على الاستنباط من النصوص، بل أكثر ما يكون مما علّمه ربه من مقاصد الشرع وقانونه، فيبيّن بالاجتهاد تلك المقاصد المتلقاة بالوحى (١).

وأما الثانى وهو ما يكون من النبى من أقوال وأفعال لاتتصل بالرسالة وتبليغ الشرع فليس رأيه فيه، عليه الصلاة والسلام، حجة فى الشرع ولا مصدرًا من مصادره (٢)؛ لأن ما يكون حجة هو ما يفعله الرسول بوصف كونه رسولا، أما فيما عدا ذلك فقد وردت الآثار عنه عليه الصلاة والسلام بأن كلامه يقبل فيه الخطأ كما يقبله كلام سائر الناس. ولقد روى عليه الصلاة والسلام أنه قال: «إنما أنا بشر، إذا أمرتكم بشىء من دينكم فخذوا به، وإذا أمرتكم بشىء من رأى فإنما أنا بشر» ولقد أراد النبى ﷺ أن ينزل منزلا للحرب، فقيل له: إن كان بوحى فسمعًا وطاعة، وإن كان باجتهاد ورأى فليس منزل مكيدة، فقال: بل باجتهاد ورأى، فرحل.

ومن القسم الثانى تحقيق النبى ﷺ بين الخصوم، وقضاؤه بينهم بمقتضى ذلك التحقيق، ولكن يجب التنبيه إلى نقطة جوهرية فى هذا المقام قد غفل عنها بعض

---

(١) راجع حجة الله البالغة، الجزء الأول ص ١٢٧.

(٢) وقد يقتدى به المؤمن تيمنًاومحبة وإجلالا، وإحياء لمآثره عليه الصلاة والسلام، فيكون ذلك دليلا على عظيم المحبة.

من تكلم فيه. وهى أن القضاء من الرسول ﷺ يشمل ناحـيتين، ناحية شرعية هو فيها ناطق بالشرع، والناحية الثانية تعيين موقف الخصوم وتحقيق الحوادث التى يبنى عليها الحكم الجزئى، من حيث معرفة أيهما المعتدى وأيهما المعتدى عليه، وهو فى هذا يفكر ويرى على أنه بشر، لأن الوحى لاينزل إلا فيما هو عام للناس ولو كان سببه خاصًا، فلا ينزل لحوادث جزئية لايترتب عليهـا أمر عام؛ ولذلك جاء الأثر مبينًا أن عمل النبى فى القضاء يقبل الخطأ مـن ناحية تحرى مواقف الخصوم، وقوة احتـجاجهم، لا من ناحـية الأصل الشرعى الذى قـام عليه الحكم، أو دل الحكم عليه، ولذا يقول عليه الصلاة والسلام : «إنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى له على نحو ما أسمع. فمن قضيت له بحق أخيه، فلا يأخذ منه شيئًا، فإنما أقضى له قطعة من نار». فقبول الخطأ إنما يرد على ما يتصل بصـدق الخصوم أو كذبهم والبـرهان عليه من حيث إنتاجـه. أما ما يدل عليه القضاء من أحكام شرعية فقضاء الرسول فيه حجة لاريب فيه (١).

٧ - ويجب أن ننبه هـنا إلى أن بعض الفقهـاء يصرح بأن السنة راجـعة فى معناها إلى الكتـاب، وأنها مبينة لـه، وحامل مصبـاح هذا الرأى هو الشاطبى فى موافقاته، فهو يقول : السنة راجعـة فى معناها إلى الكتاب؛ فهى تفصيل مجمله، وبيان مـشكله، وبسط مختصـره، وذلك لأنها بيان له، وهو الذى دل عليـه قوله تعالى : ﴿**وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم**﴾. [النحل : آية ٤٤]. فلا

---

(١) وهنا يرد على الخاطر سـؤال : كيف يجوز أن يخطئ النبى ﷺ والوحى ينزل عليه. أفـما كان الأولى أن ينبه إلى الصواب قبل أن يقع فى الخطأ، بـدل أن يقع فيه ثم ينبه إليه كما فى مسـألة أسرى بدر، قبل الفداء، ثم نبـه إلى أنه الخطأ، والصواب القـتل مادام لم يثـخن فى الأرض، ولم تكن الكلمـة له فى إنهـاء الحرب، والجواب عن ذلك أن ذلك ممكن، ولكن الخيـرة فيما كان، وذلك لأن اجتـهاد النبى ﷺ ووقوع الخطأ منه فى هذا الاجتهاد أحـيانًا فيه تربية للأمة من ناحيـتين : الناحية الأولى إعطاؤهم مثلا صالحًـا للاجتهاد وفى ذلك تعليم، فمـا كان من المعقـول أن ينص على أحكام كل ما وقع، وما سـيقع، فلابد أن يمرنوا على أن يعـرفوا أحكام ما يعرض من شئون، وذلك بالاجـتهاد، فكان قدوتهم فيه. الناحية الثـانية أن يعلم الناس أن الاعتماد على الفكر قـد يقع معـه الخطأ، لكيلا يذهب بهم فـرط حبهم لآرائـهم إلى الاعتزاز بهـا، ورفض كل شىء غيرها، وامتلاء رءوسهم بتقديرها، فيفرضوها على الناس فرضا. فالنبى بخطئه كان مثالا حيا لهؤلاء دالا على دخول الخطأ فى تفكير الإنسان، فهذا أكمل البشـر ومن يكلمه الله يخطئ إن اعتمد على عقله، فأين منه هذا الإنسان، إن هذا يمنع الاغترار من قلب المؤمن برأيه مهما يكن علمه.

تجد فى السنة أمرًا، إلا والقرآن قد دل على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية. وأيضًا فكل ما دل على أن القرآن هو كلية الشريعة، وينبوع لها فهو دليل على ذلك. ولأن الله قال : ﴿**وإنك لعلى خلق عظيم**﴾. [القلم : آية ٤]. وفسرت عائشة ذلك بأن خلقه القرآن، واقتصرت فى خلقه على ذلك، فدل على أن قوله وفعله وإقراره راجع إلى القرآن، لأن الخلق محصور فى هذه الأشياء، ولأن الله جعل القرآن تبيانًا لكل شيء، فيلزم من ذلك أن تكون السنة حاصلة فيه فى الجملة؛ لأن الأمر والنهى أول ما فى الكتاب. ومثله قوله تعالى : ﴿**ما فرطنا فى الكتاب من شيء**﴾ [الأنعام : آية ٣٨]. وقوله : ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم**﴾ [المائدة : آية ٣]. وهو يريد إنزال القرآن. فالسنة إذن فى محصول الأمر بيان لما فيه؛ وذلك معنى كونها راجعة إليه، وأيضًا فالاستقراء دل على ذلك. وهذا نظر دقيق عميق محكم، ولكن يجب ألا يفهم منه أنها لاتقبل إلا بعد عرضها على الكتاب لمعرفة أصلها، فذلك فهم قد يجر إلى الإثم؛ إذ قد يؤدى إلى هدم شطر الدين، وإن حجيتها وكونها مصدرًا للشرع الإسلامى قائمًا بذاته ليس موضع ريب أو جدال إلا من قوم انقرضوا كما سنبين ذلك، إنما موضع النظر هو اشتمال القرآن فى قضاياه الكلية عليها فذلك هو الذى يتكلم فيه الشاطبى، وله فيه وجهة هو موليها.

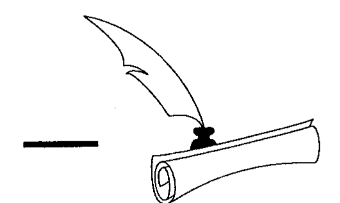
٨ ـ قد بينا أن المسلمين فى عصر النبى ﷺ لم يكن الفقه والفتيا والقضاء لواحد منهم، بل كان ذلك كله للرسول تبليغًا لرسالته، وتنظيمًا لجماعته، ولكن إن ابتعدوا عنه فى حرب، أو أرسلهم معلمين لغيرهم ممن تناءت بهم الديار عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه، فإن الفتيا والقضاء تكون لمن اختاره الرسول ﷺ؛ لذلك ممن يعلم فيه قوة الإدراك والفقه فى الدين، ويكون لهذا أن يجتهد برأيه فيما لايعلم فيه كتابًا ولا سنة. يروى أن النبى ﷺ لما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضيًا لها من قبله قال له : بم تحكم ؟ قال : بكتاب الله. قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله ﷺ. قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى. فأقره النبى ﷺ، فدل هذا على أنهم كانوا يجتهدون فى عصره، ولكن إذا كانوا بعيدين عنه، وليسوا بين ظهرانيه ﷺ.

* * *



الفقه فى عصر الصحابة

من ١١ إلى ٤٠ هجرية



٩ - بعد وفاة النبى ﷺ انساب المسلمون فى ملك كسرى وقيصر فاتحين، لأن الملوك وقفوا مناجزين الإسلام مانعيه من أن ينشر بين رعاياهم، مغلقين الأبواب دون المسلمين، مقيمين الحصون المانعة دون وصول دعايتهم إلى الرعية، فكان لابد لنشر الدعوة الإسلامية (وإنها لفرض لازم الأداء على الأمة) من أن تهدم الأسوار المانعة، والأستار الحاجبة، فكانت الحرب، وكان الفتح ومن وراء الفتح الاندماج، إما بعقد الذمة يعقدونه بينهم وبين المسلمين على أن يكون لهم ما لهم، وعليهم ما عليهم، وإما باعتناق الإسلام إن عمرت قلوبهم بالإيمان بما اشتمل عليه، وطابت نفوسهم باعتناقه طائعين لاكارهين، ومختارين لامضطرين، فلا إكراه فى هذا الدين؛ لذلك صار تحت حكم المسلمين أمم كانت ذات حضارات يمتد عرقها إلى أعرق العُصُر، فكان تحت حكم المسلمين مصر وفارس وسوريا، ثم شمال إفريقيا. وماجت المدن الإسلامية الكبرى بأمشاج من الأمم، ومرج فيها عناصر مختلفة الأقوام والأجناس. فكان لابد إذن من أن يجدّ فى شئون الاجتماع أحداث لم تكن فى عهد الرسول ﷺ، ولابد أن تتشعب مناحى السياسة، ومختلف ضروبها، ويحتاج المسلمون إلى نظم وأحكام لم يكن فى عهد الرسول ما يضطر إليها، ويدفعهم إلى التفكير فيما يصلح لها، وكان من الناس من الأفعال ما اقتضى أن يحدث لهم من الأقضية ما يوائم أحوالهم ويقيم العدالة بينهم.

لهذا كان لابد من اجتهاد الصحابة إذ لم يكن بينهم من يغنيهم عن الاجتهاد. وهو الرسول عليه الصلاة السلام، اجتهدوا فى تعرف تلك الأمور المعقدة التى تعرض لهم. وحكم الله فيها، فلجئوا إلى كتاب الله يعرضون عليه

قضاياهم، فإن وجدوا فيه حكمًا صريحًا نطقوا به، وإن لم يجدوا فى الكتاب الحكم واضحًا بينًا اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله ﷺ، واستشاروا ذاكرات أصحابه ليعلنوا حكم النبى ﷺ فى أمثال قضاياهم. فإن لم يكن من بينهم من يحفظ حديثًا اجتهدوا آراءهم، وحكموا أفهامهم، واتجهوا إلى ما يرونه العدل فى القضية، ومثلهم فى ذلك مثل القاضى المقيد بنصوص قانون، إذا لم يجد فى النص ما يحكم به فى قضية بين يديه طبق ما يراه عدلا، وإنصافًا.

١٠ ـ وقد كان الصحابة يتواصون فيما بينهم فى الفتيا والقضاء وأحكام المسائل الاجتماعية والسياسية بالرجوع إلى كتاب الله تعالى، فإن لم يجدوا رجعوا إلى سنة رسول الله ﷺ، فإن لم يعثروا على حديث محفوظ أو فعل مأثور أو تقرير لفعل فعله غير النبى فأقره عليه رجعوا إلى الرأى. فقد جاء فى كتاب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى الأشعرى فى القضاء «الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولاسنة، اعرف الأشباه والأمثال، وقس الأمور عند ذلك» وقد عرف ابن القيم الرأى على حد ما كان يفهمه الصحابة فقال : «خصوه بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مماتتعارض فيه الأمارات» (١).

ولقد يفهم من كتب أصول الفقه أن جمهور الفقهاء فهم من (الرأى) الذى كان يعول عليه الصحابة أنه القياس الاصطلاحى، وهو إلحاق أمر غر منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة جامعة بينهما كانت هى الباعث على الحكم المنصوص عليه، كقياس كل مسكر غير الخمر عليها، لأن علة الحكم وهى الإسكار ثابتة فى الخمر وغيرها من المسكرات التى كانت معروفة فى القديم، والتى عرفت فى الحديث. ولكن تعريف ابن القيم للرأى الذى كان الصحابة يأخذون به أشمل من هذا القياس الاصطلاحى. والمتتبع لأقضيتهم وفتاويهم يرجح لديه كلام ابن القيم.

---

(١) راجع «أعلام الموقعين» الجزء الأول، ص ٥٥. والرأى بهذا المعنى يشمل القياس الفقهى ويشمل الاستحسان ويشمل المصالح المرسلة، وبعبارة أعم:يشمل كل ما يفتى به الفقيه غير معتمد على كتاب أو سنة أو إجماع متبع.

١١ ـ ويجب أن نقول أنهم فى أخذهم بالرأى لم يكونوا سواء فمنهم من تحفظ، ولم يفت برأيه، لأنه يخشى الكذب على الله، وأن يحل ويحرم من غير علم ولاسلطان مبين من الشرع، وبعضهم أخذ بالرأى تحرجًا من التحديث خشية أن يكون حديثه مالم يقله الرسول ﷺ. فقد كان كثيرون منهم يمتنعون عن النقل عن رسول الله؛ لهذا يروى أن عمران بن حصين كان يقول : «والله إن كنت لأرى أنى لو شئت لحدثت عن رسول الله ﷺ يومين متتابعين، ولكن أبطأنى عن ذلك أن رجالا من أصحاب رسول الله ﷺ سمعوا كما سمعت، وشهدوا كما شهدت ويتحدثون أحاديث، ما هى كما يقولون، وأخاف أن يشبه لى كما شبه لهم».
وقال أبو عمرو الشيبانى : «كنت أجلس إلى ابن مسعود حولا لايقول قال رسول الله ﷺ، فإذا قال قال رسول الله ﷺ استقلته رعدة، وقال هكذا، أو نحو ذا، أو قريب من ذا». والحق أن الصحابة كانوا بين حرجين كلاهما فيه ضيق شديد فى نظرهم لأنهم يخشون التهجم على هذا الدين : الحرج الأول أن يكثروا من التحديث عن رسول الله ﷺ لكى يعرفوا أحكام أكثر الأحداث، وفى ذلك خشية الكذب عليه. والثانى أن يفتوا بآرائهم فيما لم يشتهر فيه أثر عن النبى ﷺ، وفى ذلك تهجم على التحليل والتحريم بآرائهم. فمنهم من اختار التحديث عن الرسول والوقوف عند الأثر ومنهم من اختار الرأى فيما لم يشتهر عن الرسول. فاختار هؤلاء أن يفتوا بآرائهم، وخطؤها عليهم ومنسوب لهم من أن يتحدثوا عن رسول الله، وقد يدفعهم التحديث إلى أن يشبه عليهم فيقولوا ما لم يقل. ولقد قال عبد الله بن مسعود، وهو من شيوخ الرأى بعد أن أفتى فى مسألة : «أقول هذا برأيى، فإن يكن صوابًا فمن الله، وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان، والله ورسوله منه برىء». وقد أفتى عمر فى مسألة فكتب كاتبه عقب الفتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر. فقال عمر : بئسما قلت، هذا رأى عمر، فإن يك صوابًا فمن الله، وإن يك خطأ فمن عمر [1].

---

(١) من هذا السياق يتبين أن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم سلكوا مسلكين : مسلك الأثر، ومسلك الرأى، ومنهم من غلب عليه الأول. وكثيرون منهم غلب عليهم الرأى. وما كانوا كذلك إلا لينزهوا أنفسهم عن الكذب على الرسول. ولقد فهم بعض كبار رجال القانون أن الأثريين من الصحابة والتابعين محافظون من أهل التمسك بالتقاليد. وإن أهل الرأى مجددون غير متمسكين بالتقاليد، وذلك قول بعيد عن التحقيق، =

وإن دل قول عمر وعبد الله بن مسعود، وما يشبهه من الأقوال (وإنه لكثير) على شيء، فهو يدل على أن هؤلاء العلية من الصحابة لايرون أن تكون آراؤهم سننًا متبعة، ولايريدون أن يجعلوها دينًا يعتنق. بل لقد صرح بذلك عمر رضى الله عنه، وهو من أجرأ الصحابة على الرأى، فقد قال رضى الله عنه " «يا أيها الناس، إن الرأى كان من رسول الله ﷺ مصيبًا، لأن الله كان يريه، وإنما هو منا الظن والتكلف» ويقول رضى الله عنه : «السنة ما سنه الله ورسوله، لاتجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة».

١٢ ـ من كل ما تقدم يتبين أن المصادر للفقه الإسلامى فى عهد الصحابة كانت ثلاثة : أولها الكتاب وهو عمدة الاستدلال فى هذه الشريعة الغراء. ثانيها السنة، ولم تكن قد دونت، بل كان الاعتماد فيها على ما وعته الرجال وحفظته صدورهم، وكانوا يتحرون السنة عند نقلها، فكان أبو بكر وعمر لايقبلان حديثًا إلا إذا شهد به اثنان، فلايكتفى براويه، بل لابد من آخر يشهد معه بالسماع. وثالثها الرأى ويدخل فيه القياس الفقهى الذى أشرنا إليه آنفًا.

ثم إن اجتهادهم وفتاويهم كانت أحيانًا أحادية يسأل أحدهم عن حكم حادثة جزئية، فيفتى صاحبها، وأحيانا تكون فى اجتماع، وذلك أكثر ما يكون فيما يعرض للخلفاء من شئون. فإن الخلفاء الراشدين رضوان الله تعالى عليهم كانوا كلما جد فى أمور الدولة أمر ذو بال جمعوا الصحابة واستشاروهم فيه، فيتبادلون الرأى. ثم ينتهون إلى أمر تقره جماعتهم، ولقد كان لعمر نوعان من الشورى، الشورى الخاصة، والشورى العامة، وشوراه الخاصة كانت تختص بعلية الصحابة، المهاجرين الأولين، والأنصار السابقين، وهؤلاء يستشيرهم فى صغرى أمور الدولة وكبراها. وأما الشورى العامة فتكون لأهل المدينة أجمعين، وفى الأمر الخطير من

= لأن كلا الفريقين متمسك بالدين والتقاليد الإسلامية، بيد أن قومًا منهم توقفوا عن أن يفتوا بغير ما ورد به نص من الشارع تنزيها لأنفسهم عن أن ينسبوا إلى الشارع ما هو من رأيهم، وهم أهل الحديث، وآخرون رأوا أن يجتهدوا آراءهم تنزيها لأنفسهم عن أن يحدثوا عن الرسول بغير ما قال، كما رأيت من عبد الله بن مسعود وعمران بن حصين، فاجتهدوا آراءهم، وهى إن كانت خطأ منسوبة إليهم، فأين هذا من التجديد والمحافظة.

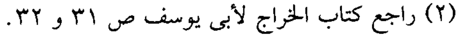
أمور الدولة، يجمعهم فى المسجد، وإذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة، وعرض الأمر الخطير ورأيه فيه[1]. ومن ذلك استشارتهم فى أرض سواد العراق، فقد كان من رأى الغزاة قسمتها بينهم، ومن رأى عمر عدم قسمتها وأن تترك فى أيدى أهلها، فجمع الصحابة، وتناقشوا فى ذلك، وتكرر اجتماعهم يومين أو ثلاثة [2] وانتهى الرأى إلى موافقة عمر.

والرأى الذى يكون فى اجتماع ويوافق عليه المجتمعون يكون بلاريب أقوى من الرأى الآحادى؛ لأن ذلك يكون بعد تمحيص وتحقيق من المجتمعين وهذا لايكون إلا بتحقيق صاحبه وحده، ولذلك كان الرأى الجماعى هو الذى تسير عليه شئون الدولة. ولقد جاء الذين خلفوا الصحابة والتابعين من المجتهدين وسموا ذلك الرأى الجماعى إجماعًا، واعتبروه مصدرًا رابعًا من مصادر الفقه الإسلامى. لذلك نقول على طريقة هؤلاء الفقهاء أن المصادر الفقهية بعد ذلك كانت أربعة : الكتاب، والسنة، والرأى أو القياس، والإجماع.

١٣ ـ وإذا كان الصحابة يجتهدون فلابد أن يختلفوا، ولكنهم ينتهون إلى الإجماع إذا كان اجتهادهم جماعيًا، وقد يستمر الاختلاف، ويؤثر عنهم إذا كان الاجتهاد آحاديًا. وكانت تلك الاختلافات منشؤها واحد مما يأتى :

(١) اختلافهم فى فهم القرآن الكريم : (أ) إما لاحتمال اللفظ أكثر من معنيين، كاختلافهم فى المراد من القرء فى قوله تعالى : ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾ [البقرة : آية ٢٢٨]. فقد فهم ابن مسعود وعمر رضى الله عنهما أن القرء الحيضة، وفهم زيد بن ثابت أنه الطهر.

(ب) وإما لتعارض ظواهر النصوص، كاختلافهم فى عدة الوفاة للحامل، فقد قال على رضى الله عنه تعتد بأبعد الأجلين عملا بآية البقرة : ﴿**والذين**



(١) وكان سكان المدينة فى هذا يشبهون سكان أثينا، إذ كان كل شخص له رأى فى شئون الدولة، وإن لما فعله عمر أصلا عظيمًا فى الإسلام فقد أمر القرآن بالشورى. وجاء فى حديث على رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال : «قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن، ولم تمض فيه منك سنة. قال : اجمعوا العالمين، أو قال العابدين من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم، ولاتقضوا فيه برأى واحد».

(٢) راجع كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٣١ و ٣٢.



يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا﴾ [البقرة : آية ٢٣٤]. وآية الطلاق : **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** [الطلاق : آية ٤]. وقال عمر وابن مسعود تعتد بوضع الحمل عملا بآية الطلاق، لأنها متأخرة فى النزول عن آية البقرة.

(٢) اختلافهم بسبب رواية بعضهم لحديث لم يعرفه الآخرون، وإن ذلك له من الشواهد الشيء الكثير.

(٣) اختلافهم بسبب الرأى فإنه باب واسع، ولكل إنسان نظره، واتجاه فكره، وقد يرى ما لايرى الآخر، ويظهر أن كثرة الخلاف كان ذلك منشأها. وقد رويت مسائل كثيرة كانت تختلف فيها أنظارهم، ومن ذلك اختلافهم فى توزيع التركة عند اجتماع الجد مع الإخوة، فقد كان رأى أبى بكر أن الجد أولى بالتعصيب من الأخ. وأما عمر فقد توقف حتى سأل الصحابة. فأفتى زيد بن ثابت بأن يعطى نصيب أخ، حتى يصير ثالث ثلاثة، أى أنه أعطاه نصيب أخ بحيث لايقل عن الثلث مما يخص العصبة. وأعطاه عليٌّ نصيب أخ بحيث لا يقل عن السدس [1].

ولقد كان اختلاف الصحابة فى الفروع رائده الإخلاص، ولذا لم يكن بينهم تنازع فى الفقه ولا تعصب، بل طلب للحقيقة،وبحث عن الصواب من أية ناحية أخذ، ومن أية جهة استبان. وإن ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للأذهان، واستخراج للأحكام فى القرآن، واستنباط قانون شرعى عام، وإن لم يكن مسطورًا. ويرى الشاطبى فى كتاب الاعتصام أن ذلك النوع من الاختلاف رحمة فقد جاء فيه : «روى عن القاسم بن محمد أنه قال : لقد نفع الله باختلاف أصحاب رسول الله ﷺ فى العمل، لا يعمل العامل بعلم رجل منهم إلا لأنه رأى أنه فى سعة. وعن ضمرة بن رجاء قال : «اجتمع عمر بن عبد العزيز، والقاسم ابن محمد فجعلا يتذاكران الحديث، فجعل عمر يجيء بالشيء يخالف فيه القاسم والقاسم يشق عليه ذلك حتى يتبين فيه، فقال عمر : لاتفعل، فما يسرنى

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول، ص ١٨٤، وكتاب تاريخ الجدل للمؤلف ص ١١٣.

باختلافهم حمر النعم». وروى ابن وهب عن القاسم أيضًا قال : لقد أعجبنى قول عمر بن عبد العزيز : «ما أحب أن أصحـاب محمد ﷺ لايختلفون؛ لأنه لو كان قولا واحدًا لكان الناس فـى ضيق، وأنهم أئمة يقتدى بهم، فـلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة» ومعنى هذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد، وجواز الاختلاف فيه لأنهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون فى ضيق .. فوسع الله على الأمة بوجود الخلاف الفروعى فيهم فكان فتح باب للأمة للدخول فى هذه الرحمة» [(١)].

ونحن لانرى الخـلاف فى الفروع إلا ثمـرات ناضجـة لما بثه القـرآن الكريم والسنة النبـوية فى نفوس الناس من البحـث بعقولهم، وتدبيـر شئونـهم بالشورى ومبـادلة الرأى مستضـيئين بسنة النبى ﷺ ومـستظلين بأحكام القرآن لايعـدونها، ولايتجاوزون هدايتها.



(١) راجع الاعتصام، للشاطبى الجزء الرابع، ص ١١، وتاريخ الجدل، ص ١١٤.

الفقه فى عصر التابعين

من أول عصر الدولة الأموية إلى قرب آخرها

١٤ ـ لم تخرج المصادر الفقهية فى عهد تلاميذ الصحابة، وهم التابعون عن مصادرها فى عهد الصحابة، ولكن جدت أحداث أثرت فى الاستنباط من حيث كثرة التفريع، وكثرة الخلاف، وشكله وقوته، وصحة الاستنباط وإن لم تنقص المصادر أو تزدها.

فلقد انقسم المسلمون فيما بينهم فى آخر عهد الصحابة وكل عصر التابعين، انقسموا إلى أحزاب وشيع، كل حزب بما لديهم فرحون، وكانت ريحهم بينهم شديدة، وبأسهم بينهم عنيفًا، وسهل عليهم أن يتراموا بألفاظ الكفر والفسوق والعصيان، وأن يتراشقوا بنبال الموت، وأن تشتجر السيوف، وأن تطيح فى هذه الفتن رءوس طائفة كبيرة من المسلمين. لقد انقسمت الأمة إلى خوارج وشيعة، وخالفهما جماهير من المسلمين، وكل لايثق بما عند الآخر، ويكفره أو يفسقه. وكل يريد أن يحتج لنحلته، وينسبها للدين، وإن جافته ونافته، وفى كل نحلة فريق دخيل فى الإسلام أو لم يتغلغل نوره فى قلبه، لايهمه أن يقوم عمود الدين بمقدار ما يهمه أن تنتصر ملته القديمة، أو يعيش المسلمون فى ظلام هذه الفتن الطخياء، ليطفئوا نور الله.

ولقد صاحب هذا أن قلت الحريجة الدينية، فكثر التحديث عن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه، وقل التحرى، ولم يكن ثمة رقيب من حاكم قاهر، أو ضمير زاجر، إلا من عصم الله، فكثر الكذب على رسول الله ﷺ، واختلط الصادق بالمكذوب، حتى تعسر التمييز. ولقد ذكر النووى بعض أسباب الكذب فقال رحمه الله ناقلا عن القاضى عياض فى الكاذبين على الرسول : «هم أنواع منهم من يضع ما لم يقله أصلا إما استخفافًا، كالزنادقة وأشباههم ممن لم يرج للدين وقارًا، وإما حسبة بزعمهم وتدينًا كجهلة المتعبدين الذين وضعوا الأحاديث فى الفضائل والرغائب، وإما إغرابًا وسمعة كفسقة المحدثين، وإما تعصبا

واحتجاجًا كدعاة المبتدعة ومتعصبى المذاهب، وإما اتباعًا لهوى أهل الدنيا فيما أرادوه، وطلب العذر لهم فيما أتوه». ولعل هذه الأسباب جميعها كانت متوافرة فى هذا العصر. فقد كثر الدخيل فى الدين كثرة اختلط معها الحابل بالنابل، والبر بالفاجر، والأتقياء بالأشقياء، وكانت بدع النحل المختلفة التى تحتج لمذاهبها، ولاتجد حرجًا يمنعها من أن تسند إلى الرسول ما لم يقله، لتصيب الفلج فى استدلالها أمام الناس. ومنهم من أكثروا من القصص الكاذب وأسندوه إلى الرسول ترغيبًا وترهيبًا، وإن ذلك كان كثيرًا، ثم الحكم كان استبداديًا عضوضًا، فلابد أن يكون ممن يدعى العلم من تملق الحكام غير مراع فقها ولا دينًا، ولقد قارن هذا أن دخلت طوائف كثيرة فى الإسلام من الأمم التى استولى عليها المسلمون، وسموا موالى. وكان من هؤلاء قوم أخلصوا فى دينهم، وأسلموا وجوههم لله سبحانه وتعالى، بل كان منهم من تتلمذوا للصحابة وخالطوهم ونقلوا علومهم ودينهم، بل يقول بعض المؤرخين إن أكثر فقهاء التابعين كانوا منهم. جاء فى معجم ياقوت «قال عبد الرحمن بن زيد بن أسلم : لما مات العبادلة عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عمرو بن العاص،صار الفقه فى جميع البلدان إلى الموالى، فصار فقيه أهل مكة عطاء بن أبى رباح، وفقيه أهل اليمن طاووس، وفقيه أهل اليمامة يحيى بن كثير، وفقيه أهل البصرة الحسن البصرى، وفقيه أهل الكوفة النخعى، وفقيه أهل الشام مكحول، وفقيه أهل خراسان عطاء الخراسانى، إلا المدينة، فإن الله خصها بقرشى، فكان فقيه أهل المدينة غير مدافع سعيد بن المسيب [1]، ولقد كان تلقى هؤلاء للفقه، وتتلمذهم للصحابة، وجلهم ينتمون

---

(١) راجع فجر الإسلام : للأستاذ أحمد أمين، ولقد جاء فى العقد الفريد ما يقارب هذا فقد جاء فيه : (قال ابن أبى ليلى قال لى عيسى بن موسى، وكان ديانًا شديد العصبية : من كان فقيه العراق ؟ قلت الحسن بن أبى الحسن. قال ثم من ؟ قلت محمد بن سيرين، قال فما هما ؟ قلت موليان، قال فمن كان فقيه مكة؟ قلت عطاء بن أبى رباح، ومجاهد، وسعيد بن جبير، وسليمان بن يسار. قال فما هؤلاء؟ قلت موال. قال فمن فقهاء المدينة ؟ قلت زيد بن أسلم، ومحمد بن المنكدر، ونافع بن أبى نجيح. قال من هؤلاء ؟ قلت موال. فتغير لونه، ثم قال فمن أفقه أهل قباء؟ قلت ربيعة الرأى، وابن أبى الزناد، قال فما كانا؟ قلت من الموالى، فأربد وجهه، ثم قال فمن فقيه اليمن ؟ قلت طاووس وابنه، وابن منبه. قال فما هؤلاء؟ قلت من الموالى، فانتفخت أوداجه، وانتصب قاعدًا قال فمن كان فقيه خراسان؟ قلت عطاء بن عبد الله الخراسانى، قال فما كان عطاء هذا ؟ قلت مولى، فازداد وجهه تربدًا، واسود اسودادًا، حتى خفته ثم قال فمن كان فقيه الشام؟ قلت=

إلى أمم ذات حضارات ـ ولابد أن يكون فى رءوسهم صورها وعلم بتاريخها وأنظمتها ـ سببًا فى أن تشعب الاستنباط فى الفقه وكثر التفريع فى، على ما سنشير إليه فى موضعه.

ولقد أضيف إلى العوامل السابقة أن الفقهاء لم يكونوا فى بقعة واحدة كما كانوا فى عصر الصحابة، فقد كانت المدينة عش الصحابة من أهل الفقه فى الدين، وأهل المعرفة واليقين؛ لأن سنة عمر كانت تقضى باحتجازهم داخل ربوع الحجاز لايعدوه كبراؤهم، ولايتجاوز الحرتين عظماء المهاجرين والأنصار، أما فى عصر التابعين فقد كان لكل عصر فقهاؤه على نحو ما علمت مما نقلناه لك، وإن تفرق الفقهاء فى الأمصار مدعاة لاختلافهم وتشعب أنظارهم؛ إذ كل يفتى بما يرى من غير أن يلاقى أخاه، ويناقشه الرأى، ويساجله الفكر. وكل مأخوذ بعرف إقليمه، والمسائل التى ابتلى بها أهل ذلك الإقليم، لذلك كان ثمة ألوان مختلفة من الفكر الفقهى، وكل يتحرى فيما يفتى به الالتماس من الدين والقرب منه، وصلاح الناس، وما هو أشد مواءمة لحالهم، واتفاقًا مع بيئاتهم.

١٥ ـ ولقد نجم عن الجرأة على التحديث وكثرة الكذب على رسول الله أن فكر عمر بن عبد العزيز فى تدوين السنة، وأشار بتدوينها، ودراستها وتحرى الصادق من المكذوب على رسول الله ﷺ، كما نجم عن كثرة الكذب هذه الكثرة أن اشتد كثيرون من الفقهاء فى الأخذ بالرأى، وساعد على ذلك أن كثر الفقهاء من الموالى، كما كثرت المنازع العقلية، ابتدأت الفرق تفكر فى العقائد تفكيرًا فلسفيًّا، ثم صارت مواطن الاجتهاد هى الأماكن التى كانت مهدًا لحضارات ومدنيات وعلوم، وفيها أثارتها والاجتهاد بالرأى والقياس هو الذى يتفق مع هذه النظريات العلمية.

وكما كان فقهاء يكثر من الاجتهاد بآرائهم إلى درجة الإفراط، وجد فقهاء يتعصبون للسنة ويشتدون فى اتهام القياسيين أو الرأيِّين بالتحليل والتحريم من غير

= مكحول، قال فما كان مكحول هذا ؟ قلت مولى، فتنفس الصعداء، ثم قال فمن كان فقيه الكوفة ؟ فوالله لولا خوفه لقلت الحكم بن عتبة وعمار بن أبى سليمان، ولكن رأيت فيه الشر، فقلت إبراهيم النخعى والشعبى، قال فما كانا ؟ قلت عربيان، فقال : الله أكبر. وسكن جأشه» راجع تاريخ الجدل، ص ٣٥٦.

هدى ولاسلطان مبين، وكان الخلاف بين أهل الحديث وأهل الرأى لايدور على الاستدلال بالسنة ذاتها، ولكن على الاعتماد على الرأى عندما لاتصح السنة فى نظر المجتهد. فأهل الحديث يتوقفون، ولايفتون آخذين بظاهر قوله تعالى : ﴿**ولاتقف ما ليس لك به علم**﴾ [الإسراء : آية ٣٦]. وأهل الرأى يجتهدون لأن الصحابة سلكوا هذا المسلك، وأقر النبى ﷺ معاذًا عليه، ولأن الشريعة معقولة المعنى ومبنية على أصول محكمة فهمت من الكتاب أو السنة، وهم لايكتفون بالاجتهاد بآرائهم فيما لانص فيه من كتاب أو سنة، بل قد يحكمون بضعف بعض ما ينسب إلى النبى ﷺ بضعف فى سنده، أو شذوذ فى متنه، فيظن خصومهم أنهم يرفضون الحديث مع صحته، والحق أنه لم يصح عندهم. وكان أكثر أهل الحديث يقيمون بالحجاز، وأكثر أهل الرأى بالعراق، وإنما كان أكثر العراقيين أهل رأى؛ لأن عبد الله بن مسعود كان شيخهم ويقيم به، وهو ممن يتحرجون فى التحديث عن الرسول، ولايتحرج فى الاجتهاد برأيه، وهو منسوب إليه إن كان خطأ، وبتوفيق الله إن كان صوابًا، ولأن أكثر رواة الحديث كانوا بالحجاز، ولأن بالعراق فلسفة وعلومًا، وكانت به مدارس قديمة لليونانية والعلوم الفارسية، وأن من يتأثرون بهذه التعاليم يلائمهم الاجتهاد بالرأى ويفشو فيهم.

وقد امتاز المحدثون بأنهم لايفتون إلا فيما يقع من الأمور، وفيما فيه نص. أما أهل الرأى فلا يفتون فى استنباط أحكام لما يقع، بل يضعون ضوابط كلية، ويفرعون عليها فروعًا جزئية فما يقع منها يعطونه حكمه، وما لايقع يفرضونه ويعطونه من الأحكام ما يتفق مع ضوابطهم وقواعدهم، وقد شاع فيهم عند مناقشتهم أن يقولوا فى فروضهم : أرأيت لو كان كذا حتى سماهم خصومهم «الأرأيتيين». وقد قال الشعبى، وهو من أهل الحديث ينصح متفقهًا : «احفظ عنى ثلاثًا : إذا سألت عن مسألة، فأجبت فيها، فلاتتبع مسألتك (أرأيت) فإن الله قال فى كتابه : ﴿**أرأيت من اتخذ إلهه هواه**﴾ [الفرقان : آية ٤٣]. والثانية إذا سئلت عن مسألة فلا تقس شيئًا بشىء، فربما حرمت حلالا، أو حللت حرامًا. والثالثة إذا سئلت عما لاتعلم، فقل لا أعلم [(١)]» ولقد قال الشعبى أيضًا : «والله لقد

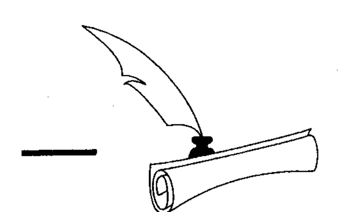
(١) راجع الموافقات للشاطبى، وتاريخ الجدل، ص ٢٥٤.

بغض هؤلاء القوم إلى المسجد، فهو أبغض إلىّ من كناسة دارى، قيل : ومن هم يا أبا عامر؟ قال : الأرأيتيون».

هذا ويلاحظ أن الفقه لم يدون لا فى عصر الصحابة ولا فى عصر التابعين، بل إن السنة لم يبتدئ تدوينها إلا فى آخر عصر التابعين.

* * *

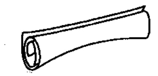
الفقه فى عصر الأئمة
من أول القرن الثانى إلى
منتصف الرابع الهجرى



١٦ ـ امتازت تلك الحقبة من الزمان:(١) بقيام الحضارة الإسلامية، واستغلاظ سوقها ونموها واتساع نطاقها، وسعة عمرانها، (٢) كما امتازت بكثرة العلوم العقلية والنقلية، وتدوين العلوم العربية الخالصة ووضع ضوابط لها، فالنحو قد دون، وعلم الكلام قد اتسع أفقه، وترجمت كتب اليونان ودرست فلسفتهم، واستبحر المسلمون فى الدراسات الفلسفية عامة، (٣) ولقد كان بجوار ذلك أن تم تدوين السنة واتسعت دراستها، وتحرى صادق إسنادها من مردوده، والعناية بمعرفة صحيحها من ضعيف النسبة إليه عليه الصلاة والسلام، ولقد وضعت قوانين وأسس لروايتها، حتى يتميز المقبول من المكذوب.

ولقد اتسع بسبب كل هذا الأفق الفقهى من ناحيتين : أولاهما أن الاستنباط لم يكن مقصوراً على تعرف أحكام الجزئيات، بل كان فيها وفى الضوابط التى يدخل فى عمومها جزئيات الأحكام الشرعية، وكانت المناقشات بين الفقهاء تقوم على تلك الأسس، كما تقوم فى الفروع. وثانيتهما أنهم أخذوا يضعون أصولا لصناعة الاستنباط، وكيف تفهم الأحكام من كتاب الله، والسنة، فوضعوا قوانين للألفاظ ودلالتها غير ذلك. ولقد توج هذا العصر بوجود رجال امتازوا باجتهاد فى كل أبواب الفقه واستنبطوا أحكامًا لكل باب من أبوابه، وتدارسوا ذلك مع تلاميذهم، فتكونت بذلك مذاهب لهم، كان لها ذلك المدى البعيد فى أفق الحضارة الإنسانية إلى يومنا هذا.

١٧ ـ والآن نشير إلى أكبر المسائل التى أخذت عنايتهم، وكانت مجال نظرهم، ولانحاول أن نحصى كل عناصر استنباطهم، وبحثهم وخلافهم؛ لأن



ذلك لاتتسع له الأسفار الضخام، ولانستطيع أن نشير إلى جزئيات. ولكنا ننظر إلى ما جد من بحث حول المصادر الأربعة التى نوهنا عنها فيما مضى وهى الكتاب والسنة، والرأى أو القياس، والإجماع، فننظر فيما جد من خلاف حولها. وما مدى قوة الاحتجاج بها.

(أ) أما الكتاب فلم يختلف أحد فى حجيته وكونه المصدر الأول للشريعة، لأن من ناقش فى ذلك وأنكره فقد خرج عن نطاق الإسلام. ولكن كان الجدل حول دلالات الألفاظ، وبعض مسائل أصولية كوقوع النسخ فيه وعدم وقوعه، وكتخصيص عمومه، وكالمحكم والمتشابه فيه، وغير ذلك من المسائل التى لاتمس أصل الاحتجاج به والاستنباط منه، ولكن تتصل بطريق الاستنباط ومداه وعلاقته بالسنة.

(ب) أما السنة فقد كانت كثرة الكذب على رسول الله ﷺ فى العصر السابق مع طول العهد سببًا فى صعوبة معرفة الصادق من غير الصادق منها، فوضعت أصول وقواعد لذلك، ودونت السنة وظهرت المسندات وصحاح السنة، وما قام به الأعلام الذين جمعوا بين الفقه والحديث من جهود مأثورة ومشكورة. ولكن مع ذلك نبتت فى هذا العصر فكرة رفض الاحتجاج بالسنة عند بعض الناس ما لم تكن بيانًا لقرآن. ويظهر أن هذا الفريق من شذاذ التفكير طوته لجة التاريخ واندثر لعدم استحقاقه للبقاء، ولولا أن الشافعى ذكره فى الأم فى مناظرات قامت بينه وبينهم ما علم بهم أحد، ولعل هؤلاء كانوا من المعتزلة، فقد رأينا فى كتاب تأويل مختلف الحديث أنهم كانوا يجتهدون فى الفقه، ورأينا أن الأم يذكر أن بعض أهل البصرة هم رافضو الاحتجاج بالسنة، والبصرة عش الاعتزال [(١)].

والعلماء قد اتفقوا على أن السنة هى الأصل الثانى لمعرفة أحكام هذا الدين، ولكنهم اختلفوا فى ذلك العصر فى أوصاف الأحاديث التى تصلح حجة فى الاستنباط، وكان ذلك مثار خلاف متسع، ونقاش كبير دون أكثره فى أصول الفقه، فليرجع إليه.

---

(١) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ المرحوم الخضرى بك، وتاريخ الجدل للمؤلف، ص ٣١١.

(جـ) أما الرأى والقياس، [1] فقد اشتد النقاش حولهما أولا، وقام كل فريق يدلى بحجته، واستمر العراق موطن الرأى كما كان الحجاز موطن الحديث. وقد قال الأستاذ الخضرى بك رحمه الله : «إن مبدأ اتخاذ القياس أصلا فى التشريع قد انتصر فى هذا الدور انتصاراً عظيمًا، وإن لم يكن الفقهاء على درجة واحدة فى استعماله فى الاستنباط، فأبعدهم أثرًا وأرسخهم قدمًا فيه الحنفية، وأقلهم نفوذًا فيه الحنابلة والمالكية، والشافعية بين الفريقين، وابتعد عنه بعض أهل الحديث والشيعة، وغلا الظاهرية فى رفضه».

ولكن الفارق لم يستمر طويلا بين أهل الرأى وأهل الحديث، فإن الطبقة التى جاءت بعد الأئمة أصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهما يختلف أساتذتهم، فالإمام محمد من أصحاب أبى حنيفة يرحل إلى الحجاز ويدرس موطأ مالك، والشافعى يتلقى عن محمد بن الحسن فقه أهل الرأى. وأبو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من أهل الرأى بالأحاديث، ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأى والحديث معًا مما يدل على تلاقيهما وإن اختلف الفقهاء كثرة وقلة فى الأخذ بأحدهما دون الآخر.

(د) أما الإجماع فقد رأى قوم من الفقهاء أن إجماع العلماء على أمر من الأمور فى عصر من العصور يوجب اتباع الأعقاب له، لأن من لم يتبعهم يسير فى غير سبيل المؤمنين، ورأى آخرون أن الإجماع ليس بحجة، بل لم يتصوروا وجوده، وكان الشافعى يقول : إن الإجماع حجة، ولكنه إذا ناظر واحتج عليه به فى مسألة أنكر وجوده فيها، ولم يعرف أنه اعترف بوجوده فى مسألة مما نوقش فيه، وقال الإمام أحمد : من ادعى الإجماع فهو كاذب.

١٨ - فى كل ما سبق وفى غيره كان يجرى البحث والاجتهاد والاستنباط، ثم الاختلاف العلمى الحر، وقد كانت التركة الفقهية المثرية الخصبة النضرة الباقية

---

(١) القياس إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بآخر منصوص على حكمه لاشتراكهما فى علة الحكم. والرأى يشمل هذا القياس، ويشمل الاستحسان، وهو مخالفة القاعدة الفقهية لسبب آخر واجب المخالفة، ولذا يسمى القياس الخفى، ويشمل المصالح المرسلة، وهى الإفتاء بما فيه مصلحة غير منهى عنها فى عدم وجود نص.

على طول الحقب وامتداد العصور ثمرة لذلك كله. ولهذا يلاحظ فى هذا العصر عدة ملاحظات نجمل بعضها فيما يلى :

الملاحظة الأولى : أن الآراء الفقهية دونت، فلم يكن الفقه آراء تلقى، وينتفع بها فقط من ألقيت إليه ثم من استحفظها ممن يهمه استحفاظها، بل فى هذا العصر كان التدوين بكل معناه، فقد دونوا آراءهم، بل دونوا آراء من سبقوهم، وجمعوها «فالعراقيون جمعوا فتاوى ابن مسعود، وقضايا على وفتاواه، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة. وجمع فقهاء المدينة فتاوى عبد الله بن عمر وعائشة وابن عباس» [(١)].

والمذاهب جمعت ودون بعض المجتهدين آراءه بإملائه كالشافعى فى الأم. وبعضهم رواها تلاميذه كما فعل الإمام محمد فى روايته آراء أبى حنيفة وأصحابه فى كتب ظاهر الرواية، وهكذا أصبح الفقه مسطوراً فى بطون الكتب. يجىء الخلف فيرى عمل السلف مدونًا منشوراً بين الناس، فيبنى عليه من غير عناء فى البحث عن الحفاظ والرواة، وإن وجد لايأمن التزيد وأن يشبه على الراوى فى روايته.

الملاحظة الثانية : أن المذاهب تميزت، وآراء المجتهدين قد تكونت موحدة مجمعة، فصار لكل إمام مذهب وطريقة ووحدة تجمعه، وله تلاميذ يتلقون عنه طريقته، ويقتبسون من تفكيره ويسلكون مسلكه، ولهم الحرية التامة فى اعتناق ما يرون من آرائه أو رفضها، فهم يتبعونه فى الطريقة ويجمعهم إلى غير ما وصل كحال تلاميذ أبى حنيفة معه، تجمعهم وحدة الأصول، وتفرقهم أحيانًا كثرة الآراء فى الفروع، فمهما يكن من أمر الاختلاف بين أصحاب المذهب الواحد، فقد كان كل مذهب له أصول عامة يسير عليها صاحبه وتلاميذه.

الملاحظة الثالثة : أن الدولة لم تجعل لها فى ذلك العصر قانونًا مسطوراً مدونًا، بل لم تختر مذهبًا من المذاهب تعمل به، وتسير على منهاجه، وتأخذ

---

(١) ضحى الإسلام، الجزء الثانى، ص ١٧١.

الرعية بما فيه من أحكام، بل ترك الأمر إلى رأى القاضى واجتهاده، فلم يكن لهم من قانون مقيد ملزم إلا الكتاب والسنة، وفيما وراء ذلك فللقاضى رأيه واجتهاده، وطريقة استنباطه، ولقد أشار عبد الله بن المقفع على أبى جعفر المنصور أن يوحد ما يقضى به بين الناس فى قانون يدونه، ويختاره من أقوال المجتهدين فى هذا العصر بعد تمحيص، فقد جاء فى رسالة الصحابة ما نصه : «فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسنن المختلفة، فترفع إليه فى كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك، وأمضى فى كل قضية رأيه الذى يلهمه الله، ويعزم له عليه وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتابًا جامعًا عزمًا لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكمًا واحدًا صوابًا، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لاجتماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه» [1].

ولقد هم بالفعل أبو جعفر أن يختار آراء مالك قانونًا لدولته، ولكن مالكًا رضى الله عنه نهاه عن ذلك قائلا : «يا أمير المؤمنين لاتفعل، قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم»، ولقد جاء الرشيد من بعد المنصور، فحاول أن يحمل الناس على ما جاء فى موطأ مالك، وشاوره فى أن يعلقه فى الكعبة ويحمل الناس على ما فيه، فاعترض مالك أيضًا، وقال : «لاتفعل فإن أصحاب رسول الله ﷺ اختلفوا فى الفروع، وتفرقوا فى البلدان، وكل مصيب». عندئذ ماتت الفكرة أو خمدت ولم يذكر التاريخ أنها قامت فى مدى هذا الدور من أدوار الاجتهاد.

الملاحظة الرابعة : كان الاجتهاد فى هذا الدور حرًّا طليقًا، لم تغلق أبوابه ولم يكن ثمة تقليد إلا من العامة يقلدون من يستفتونه. أما الفقهاء فكانوا فى حرية يظلها القرآن الكريم، وتنيرها السنة النبوية، ويهديها المأثور عن الصحابة والتابعين إلى محجة الصواب.

---

(١) رسالة الصحابة فى ضمن رسائل البلغاء التى جمعها الأستاذ كرد على، وجمهرة رسائل العرب الجزء الثالث للأستاذ صفوت.



بيد أنه فى آخر ذلك العصر قد ابتدأت ريح التقليد، ولكن لم تعم، ولذلك يحق للباحث أن يقول إن العصر كله كان عصر اجتهاد طليق فى ظل الكتاب والسنة.

والآن نقول كلمة موجزة أشد الإيجاز فى كل إمام من الأئمة الأربعة.

[١] أبو حنيفة [٨٠ - ١٥٠]

١٩ - اسمه النعمان وكنيته أبو حنيفة وأبوه ثابت، فارسى. وقيل إن ثابتًا هذا قد استرق لبنى تيم؛ ولذا قيل أبو حنيفة التيمى، لأن أباه من مواليهم، ويستبعد المتعصبون له أن يكون قد جرى الرق على أبى حنيفة وأبيه، ويحكمون بأنه حر من أبناء الأحرار فى فارس لم يجر رق فى نسبه قط. وإن صح الرق على أبيه أو عليه فليس ذلك بضائره لأنه ماعلا بنسب أو حسب، ولكن بعلم وفضل وتقى، وإنه الجليل خالد الذكر بعيد الأثر، مهما يكن أبوه. ولقد ثبت عند أكثر المؤرخين أنه ولد فى العام المتمم للثمانين بعد الهجرة فى عهد عبد الملك بن مروان وعاش الجزء الأكبر من حياته فى عصر الأمويين، فأدرك تلك الدولة فى عزها وعنفوانها وطغيان بعض ولاتها، وقسوتها على آل البيت، وكان فيه كأبناء قبيله تشيع لهم؛ ثم أدرك اضطراب الأمور عليها، ونقص الأرض من أطرافها، واستيلاء بنى العباس، فصهرت تلك الأحداث نفسه وأنضجتها تلك التجارب، وإنه لمرهف الحس قوى الإدراك، سريع اللحظ. لقد ولد ونشأ بالكوفة، وفى العراق علم وفلسفة وحكمة، واتجه فى أول حياته إلى علم الكلام يجتاز سهوله وأحزانه، ثم تحول إلى علم الفقه؛ بعد أن شدا ونما فيه، وقيل إن له مؤلفًا فيه سماه الفقه الأكبر. وقد روى عنه تلميذه زفر بن الهذيل أنه قال: «كنت أنظر فى الكلام، حتى بلغت فيه مبلغًا يشار إلى فيه بالأصابع» ويروى عنه أنه قال: «كنت قد نازعت طبقات الخوارج من الإباضية والصفرية وغيرهم .. وكنت أعد الكلام أفضل العلوم، ثم علمت أنه لو كان فيه خير لتعاطاه السلف الصالح فهجرته» هجره إلى الفقه، فأخصب فيه، وقد تلقى الفقه على حماد بن أبى سليمان

الأشعرى فقيه الكوفة، ولازمه. وحماد هذا كان شيخ مدرسة الرأى، ومن انتهى إليه علمها، فتخرج عليه أبو حنيفة ووجد الرأى يوائم ما عنده من نزعة منطقية فكرية، فسار فيه حتى صار شيخ هذه المدرسة ومن انتهت إليه علومها فى الفقه، ولقد تلقى أبو حنيفة مع تلقيه عن شيخه حماد عن كثيرين سواه، جلهم من أهل الرأى والقياس.

ومع اتجاه أبى حنيفة للفقه، ونباهة أمره فيه وعلو شأنه كان يأكل من تجارة الخز، وقد أفاد من ذلك علمًا كثيرًا بالصفق فى الأسواق، وعرف التجار فى عصره، وكان ذا ثروة عظيمة، وعاش فكهًا فى حياته إلى أن مات فى حبس المنصور سنة ١٥٠ هـ.

لقد عرض على أبى حنيفة القضاء مرتين فامتنع وعذب فيهما، وانتهى عذابه فى الثانية بالموت فى محبسه. عرض عليه أول مرة فى عهد بنى أمية فرفض فعذب لهذا الرفض ولتشيع لآل البيت عرف به. وعرضه عليه المنصور فرفضه وكرر الرفض بعد تهديده قائلا ؛ «لو هددتنى أن تغرقنى فى الفرات أو أن ألى الحكم لاخترت أن أغرق. فلك حاشية يحتاجون إلى من يكرمهم لك، فلا أصلح لذلك»، غير أنه يظهر أنه اتخذ الرفض دليلا على تشيعه، فقد اشتهر عنه التشيع لآل على. يروى أنه كان يذكر ذلك فى دروسه. ويجهر به حتى قال له تلميذه زفر ابن الهذيل «والله ما أنت بمنته حتى توضع الحبال على أعناقنا».

وطريقة أبى حنيفة فى الاجتهاد تتلخص فى جمل رويت عنه، فقد قال عن نفسه «إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته، فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله ﷺ والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات، فإذا لم أجد فى سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت، ثم لا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم، والشعبى، والحسن، وابن سيرين، وسعيد بن المسيب.. فلى أن أجتهد كما اجتهدوا».

ولقد مات أبو حنيفة بعد أن ترك آراءه فى صدور تلاميذه فقاموا عليها خير قيام، ورعوها حق رعايتها ثم ورثوها من بعدهم ودونوها فى الكتب.

٢٠ ـ وتلاميذه كثيرون نذكر منهم ثلاثة لأن كتب الفقه الحنفى تذكرهم دائمًا. وهم أبو يوسف، ومحمد، وزفر [١].

أما أبو يوسف (١١٣ ـ ١٨٣) : وهو يعقوب بن إبراهيم وجده الأكبر من الأنصار، فهو عربى وقد نشأ فقيرًا، فكان أبو حنيفة يمده بالمال، وقد لازمه وأخذ عنه، وكان أحب تلاميذه إليه. ولقد ولى القضاء للمهدى وللهادى وللرشيد، وكان ذا حظوة عند الرشيد، وقد كان أول من رحل إلى هل الحديث من أصحاب أبى حنيفة. وقد أفاد منه المذهب فوائد كثيرة، فقد ابتدأ بتدوينه، ودون كثيرًا منه، وأيده بالسنة بعد أن اتصل بالمحدثين ونشر المذهب بما له من جاه القضاء، وصقل المذاهب صقلا قضائيًا. ولم يتفق مع أبى حنيفة فى كثير من المسائل، ورأيه أنضج الآراء فيما يتعلق بالأقضية.

ومحمد : هو ابن الحسن الشيبانى، وهو من الموالى، ونسبته إلى بنى شيبان بالولاء، ولد سنة ١٣٢ وتوفى سنة ١٨٩، تتلمذ لأبى حنيفة فى آخر حياته، ولم يلازمه طويلا؛ لأن أبا حنيفة مات وهو فى الثامنة عشرة من عمره. وقد أخذ فقه العراقيين، وتلاقى بالمحدثين، وكان فيه ذكاء وفطنة. وله أثر فى فقه أبى حنيفة لأنه هو الذى دونه فى كتبه. ومن أشهرها كتبه الستة وهى المبسوط والزيادات، والجامع الصغير، والسير الصغير، والجامع الكبير، والسير الكبير، وفيها رويت آراء أبى حنيفة ودون مذهبه، وتسمى هذه الكتب ظاهر الرواية.

وزفر : هو زفر بن الهذيل (١١٠ ـ ١٥٨)، كان أمهر أصحاب أبى حنيفة فى القياس، وأشدهم أخذًا بطريقته، ولم يتلق عن أهل الحديث كالصاحبين، ويروى عن المزنى وهو من أصحاب الشافعى أنه جاءه رجل فسأله عن فقهاء العراق قال : ما تقول فى أبى حنيفة ؟ فقال : سيدهم، قال فأبو يوسف؟ قال أتبعهم للحديث. قال فمحمد؟ قال أكثر تفريعًا. قال فزفر؟ قال أحدهم قياسًا.

---

(١) إذا ذكرت كتب الفقه كلمة الشيخين فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف، وإذا ذكرت كلمة الصاحبين فالمراد أبو يوسف ومحمد، وإذا ذكرت كلمة الطرفين المراد أبو حنيفة ومحمد وإذا ذكرت كلمة أئمتنا الثلاثة فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد، وزفر يذكر باسمه دائمًا.

(٣) مـــالك (٩٣ - ١٧٩ هـ)

٢١ - هذا هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس، عربى، ينتهى إلى قبيلة يمنية، ولد بالمدينة، وعاش بها ولم يرحل عنها إلى غيرها من البلدان. تلقى الفقه على كبار التابعين وتابعيهم بالمدينة، فأخذ عن نافع مولى عبد الله بن عمر وعن ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى وغيرهما. وقد أخذ أكثر دروسه عن أهل الحديث، وتلقى على أهل الرأى، فأخذ عن ربيعة الرأى كما ترى. ولما شهد له شيوخه بالحديث والفقه جلس لرواية الحديث والإفتاء. فكان من جهة راوية للحديث وحافظًا متصدرًا فيه، وكان من جهة أخرى فقيهًا مستنبطًا، ولقد روى عنه الحديث كثيرون من العلماء. منهم أبو يوسف صاحب أبى حنيفة، ومحمد بن إدريس الشافعى، وتخرج عليه فى الفتيا والاستنباط مجتهدون أجلاء. ولقد كان مجلس علمه مجلس وقار ومهابة. قال الواقدى وغيره : «كان مجلس مالك مجلس وقار وحلم، وكان رجلا مهيبًا نبيلا، ليس فى مجلسه شىء من المراء واللغط، ولا رفع صوت. إذا سئل عن شىء فأجاب سائله لم يقل له من أين رأيت هذا» (١).

ولقد أنزل ولاة بنى العباس بذلك الإمام الجليل محنة شديدة، فقد ضربه والى المنصور بالسياط. وقد اتفقت الروايات على إيذائه، واختلفت فى سببه فقيل إنه كان لايرى يمين المكره وأن من حلف مكرها فلا يمين له. وكان يروى الحديث «ليس على مستكره طلاق»، فقيل لبنى العباس إن هذا يستتبع أن من بايع مكرها فله التحلل من بيعتهم بهذا الحديث. فنهى عن التحديث به. فحدث به على رءوس الأشهاد، وروى أن السبب أنه سئل عن البغاة الخارجين على الخلفاء، أيجوز قتالهم، فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز. فقال السائل : فإن لم يكن مثله. فقال «دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم، ثم ينتقم من كليهما». ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فمن المؤكد أن السبب رأى له قد ارتآه أو وشاية نمام أثيم. ولقد نتج عنه أن مالكًا ضرب بالسياط ومدت يده. حتى انخلعت كتفه.

---

(١) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ المرحوم محمد بك الخضرى.



قالوا : فمازال مالك بعد هذا الضرب فى رفعة من الناس. وعلو من أمره. حتى كأنما كانت تلك السياط حليًا حلى بها[1].

٢٢ ـ وطريقة مالك فى الاستنباط أن يأخذ من الكتاب ثم السنة، وكان لايشدد فيشترط للأخذ بالحديث أن يكون مشهورًا كما كان يفعل أبو حنيفة، بل كان يأخذ بالسنة وإن لم تكن مشهورة، ولكنه مع ذلك شديد التحرى عن صدق الراوى، ولقد كان يقول : «لا يؤخذ العلم من أربعة، ويؤخذ من سواهم : لايؤخذ من سفيه، ولايؤخذ من صاحب هوى يدعو إلى بدعته، ولامن كذاب يكذب فى أحاديث الناس، وإن كان لايتهم على حديث رسول الله ﷺ، ولا من شيخ له فضل وصلاح وعبادة إذا كان لايعرف ما يحمل وما يحدث به» [2].

وقد كان يأخذ بالقياس، ولكن بقدر قليل. وقد اشتهر عنه الأخذ بأمرين : (أحدهما) عمل أهل المدينة، فكان ما عليه عمل أهل المدينة يجب الأخذ به عند مالك رضى الله عنه ما دام أساس هذا العمل النقل لا الاجتهاد، وقد كان يقول «إن الناس تبع لأهل المدينة التى إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن»، فإن اتفق أهل المدينة على أمر قدم على القياس، بل على الحديث الصحيح، وإن كان العمل عليه أكثرهم قدم على القياس وعلى خبر الواحد.

(ثانيهما) الأخذ بالمصالح المرسلة، وهى المصالح التى لم يشهد لها من الشرع بالبطلان أو الاعتبار دليل، فإنه يأخذ بها إذا لم يكن ثمة نص فى موضع النزاع [3]. وقد فتح ذلك الأصل بابًا متسعًا لحرية الاستنباط، فكان مذهب مالك مع أنه فى جملته من المذاهب التى تتمسك بالأثر قبل كل شىء من أوسع المذاهب وأرحبها، وأقبلها للنمو، ومسايرة الأزمان، بسبب الأخذ بأصل المصالح المرسلة.

(١) راجع ضحى الإسلام، الجزء الثانى، ص ٢٠٧. والانتقاء لابن عبد البر، ص ٤٣.
(٢) ضحى الإسلام : الجزء الثانى، ص ٢١١. والانتقاء لابن عبد البر، ص ١٦.
(٣) سنبين المصالح المرسلة بعض التبيين فى الكلام فى العقود.

٣ ـ الشافعى (١٥٠ ـ ٢٠٤هـ)

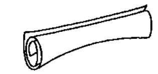
٢٣ ـ هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى، ينتهى فى نسبه إلى عبد المطلب جد النبى ﷺ فهو عربى قرشى، وقد ولد بغزة ورحلت به أمه وهو ابن سنتين إلى مكة، وفيها ترعرع ونما، وتفصح فى بنى الهذيل بالبادية. وأخذ يتصل فى مكة برجال الفتيا والحديث، ثم رحل إلى المدينة، ولازم مالكا رضى الله عنه، وقرأ عليه الموطأ، واستمر ملازمًا له حتى مات.

ولقد ولى بعض الأعمال باليمن، ثم اتهم بالتشيع لآل على، ولكنه نفى هذه التهمة عن نفسه أمام الرشيد، فبرأ ساحته، وقد التقى بعدئذ بمحمد بن الحسن الشيبانى وأخذ عنه فقه العراق واطلع على كتبهم، ثم أخذ فى التطواف فى الأقاليم، حتى ألقى عصا التسيار ببغداد سنة ١٩٥ وفيها دون مذهبه الأول. وكان ثمرة لدراسته طريقة أهل الحديث بالحجاز، ولطريقة العراقيين، ولتجاربه فى الولاية والتطواف فى الأقاليم واطلاعه على معاملات الناس المختلفة، ثم سافر إلى مصر، وفيها انفتق ذهنه إلى أمور لم يرها أولا، فأنشأ مذهبه الثانى، وفى هذا المذهب اختلاف عن الأول نتيجة الاجتهاد قليلا وكثيرًا فى مسائل كثيرة. وفى الحق أن مذهبه قد جمع خير ما عند أهل الحديث من طرق الاستنباط، وأوسط ما فى مذهب أهل الرأى. ولقد قال الفخر الرازى «إن الناس كانوا قبل الشافعى فريقين : أصحاب الحديث، وأصحاب الرأى. أما أصحاب الحديث، فكانوا عاجزين عن المناظرة والمجادلة، عاجزين عن تزييف طريق أهل الرأى، فما كان يحصل بسببهم قوة فى الدين، ونصرة الكتاب والسنة. وأما أصحاب الرأى، فكان سعيهم وجهدهم مصروفًا إلى تقرير ما استنبطوه برأيهم، ورتبوه بفكرهم ... فجاء الشافعى، وكان عارفًا بالنصوص من القرآن والأخبار، وكان عارفًا بأصول الفقه وشرائط الاستدلال وكان قويًا فى المناظرة والجدل .. فرجع عن قول أصحاب الرأى أكثر أنصارهم وأتباعهم» (١).

وطريقة الشافعى فى الاستنباط مدونة فى رسالته فى الأصول، يحتج بظواهر القرآن حتى يقوم الدليل على أن المراد بها غير ظاهرها، وبعد ذلك السنة، ويأخذ

---

(١) ضحى الإسلام، الجزء الثانى، ص ٢٢٧.



برواية الواحد عن الرسول ﷺ ما دام ثقة ضابطًا، ويأخذ كالإمامين السابقين بالإجماع، ويرفض الأخذ بالمصالح المرسلة، والاستحسان، ولايأخذ من أبواب الرأى إلا بالقياس. وقد دافع عن آرائه بفصاحة ولباقة وحضور بديهة وقوة مِرّة فى الجدل والمناظرة.

﴿٤﴾ أحمد بن حنبل ﴿١٦٤ ـ ٢٤١﴾

٢٤ ـ هذا هو الإمام الرابع أحمد بن حنبل الشيبانى. نشأ ببغداد وعاش بها، وتلقى العلم عن أهل الحديث، ودارس الشافعى، ولقد قال فيه : «خرجت من بغداد، فما خلفت فيها رجلا أفضل ولا أعلم، ولا أفقه من أحمد بن حنبل». ولقد كان أحمد زاهدًا ورعًا تقيًّا. نزلت به محنة استمرت طويلا، فهو ممن امتنعوا من أن يقولوا إن «القرآن مخلوق» فى عهد المأمون، فقيد وسيق فى الأصفاد إلى المأمون، ولما مات المأمون لم ينقطع بلاء أحمد بل استمر البلاء به ومزق جسمه بالسياط، وهو راض غير مستهين بعقيدته، واستمر فى الحبس ثمانية وعشرين شهرًا، حتى يئسوا منه، وعلموا أنه لا يجيب دعاءهم، ويؤثر بالإجابة دعاء النفس والوجدان وما يراه واجب الاعتقاد وجزءًا من الإيمان، فأطلق سراحه، فعاد إلى ما كان عليه من الإفتاء والتحديث إلى أن مات المعتصم، ولما آل الأمر للواثق سار على سنة أبيه وعمه فى هذه المسألة، وأنزل المحنة بمن لايراها، ولكنه لم يرد أن ينزل بأحمد أكثر مما نزل به، فقال : لاتجمعن إليك أحدًا، ولا تساكنى فى بلد أنا فيه. فأقام الإمام أحمد مختفيًا لايخرج إلى صلاة ولاغيرها، حتى مات الواثق[1].

والإمام أحمد يعده كثيرون من العلماء محدثًا ولايعدونه فقيهًا، فابن جرير الطبرى يقول فيه : «إنه رجل حديث لارجل فقه».

(١) تاريخ الجدل : للمؤلف، ص ٢٧٢.

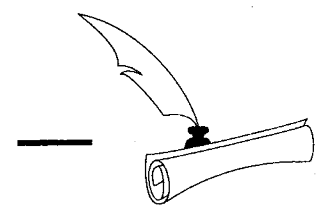
وفى الحقيقة أن فقهه يبنى على الحديث فإذا وجد حديثًا صحيحًا أفتى به، وإذا وجد فتوى صحابى عمل بها، وإذا وجد فتاوى للصحابة تخير أقربها إلى الكتاب والسنة. وإذا صحت عنده روايتان مختلفتان فى أمر من فتاوى الصحابة يروى عن أحمد روايتان أيضًا فى الفقه، ولا يأخذ بالقياس إلا فى الضرورة القصوى، ويرجح عليه الحديث ولو كان ضعيفًا. وكان يكره الفتيا فيما ليس فيه أثر [1].

❊ ❊ ❊

(١) ضحى الإسلام : الجزء الثانى، ص ٢٣٥.

الفقه فى دور التقليد

من منتصف القرن الرابع إلى الآن



٢٥ ـ كان الناس فى العصور السابقة قسمين : أحدهما المجتهدون الذين يطلبون الشريعة من أصولها وثانيهما المقلدون الذين يأتون أهل العلم يسألونهم عن الحكم فى الأمر الذى يعرض لهم. أما فى هذا العصر الذى نؤرخ للفقه فيه، فقد استولت، عليهم روح التقليد، وأصبح الفقيه من يعرف ما استنبطه غيره لا من يستنبط الأحكام من مصادرها، وشاع تقليد أصحاب المذاهب السابقة حتى لقد قال أبو الحسن الكرخى، وهو من الحنفية : «كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهى مؤولة أو منسوخة، وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ»(١). ولم يعرف أن أحدًا أقدم على فتح باب الاجتهاد الحر بعد أن أحكموا تغليفه إلا الإمام الجوينى والد إمام الحرمين وعددًا قليلا من العلماء اجتهدوا فى بعض المسائل كابن تيمية وابن القيم.

ولماذا غلقت أبواب الاجتهاد أمام العقول، وقد كانت مفتحة، وكزت العقول فى محيط التقليد الضيق وقد كانت فى ساحة الاجتهاد المتسعة الأرجاء ؟ السبب فى ذلك عدة أمور منها :

(١) تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة والمجتهدين الذين أناروا العصر السابق، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقلهم الساطع، وإن التعصب لفكرة يحمل الإنسان على الجمود عليها، والتعلق بأهدابها، ودعوة الناس إليها وتحبيذها، وكذلك فعل أولئك الذين جاءوا بعد الأئمة السابقين، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم، ونشرها بدل السير على منوالها، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها، فوثق الناس بالسابقين وشكوا فى أنفسهم.

(٢) القضاء : فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الأمر من المجتهدين لا من المقلدين، ولكنهم فى تلك العصور آثروا اختيارهم من المقلدين ليقيدوهم بمذهب معين، وليعينوا لهم ما يحكمون على أساسه، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المذهب، ولأن بعض الفقهاء المجتهدين كان يتعرض لتخطئته الفقهاء فيكون حكمه مثار نقد عند الناس، لاسبب اطمئنان لهم، وحكم القضاة يجب أن يكون داعية اطمئنان، لاداعية انتقاد، ليطمئن الناس على أموالهم ودمائهم وأعراضهم، وكان تقييد القاضى بمذهب يرتضيه الخليفة سببًا فى نشر هذا المذهب، واكتفاء أكثر الناس به.

(٣) سعى الحكام المستبدين لتغليق باب الاجتهاد، لأنهم وجدوا فى استمراره مفتوحًا ما قد ينقض من أمرهم، لأن العقول إذا اتجهت بحرية إلى ما فى الدين من حقائق، ونهلوا من ينابيعه، وجدت من أصوله ما ينقض دعائم يبينها الظالمون، ويؤسس قواعدها الغاشمون.

(٤) تدوين المذاهب : فتدوينها سهل على الناس تناولها، والناس دائمًا يطلبون السهل اليسير، دون الصعب العسير، ولقد كان يدفع الناس إلى الاجتهاد فى العصور السابقة تعرف أحكام حوادث لايعرفون حكمها، وشئون عرضت لايدركون أمر الشريعة فى شأنها، فلما جاء المجتهدون فى الأدوار السابقة، ودونوا أحكام الحوادث التى عرضت والتى يحتمل عروضها صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها، فاكتفوا بمقالهم فى شأنها، فسدَّت حاجتهم بما وجدوا، فلا حافز يحفزهم إلى بحث جديد. وساعد على ذلك ما للأقدمين من تقدير وما يكسبهم مضى الزمن من إجلال، وما يكون من عناية الأمم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين.

لهذا كله انصرف الناس إلى التقليد، اللهم إلا فى تعرف علل الأحكام فى المذهب، أو ترجيح بعض الآراء فى المذهب على غيرها. ويسمى من أوتى القدرة على ذلك وأجيز له : المجتهد فى المذهب.

ويصح لنا أن نختم الموضوع بكلمة للحق والضمير، وهى أن الأئمة روى عن أكثرهم نهى عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم، فأبو حنيفة وأبو يوسف

يقولان : «لايحل لأحد أن يقول قولنا من غير أن يعلم من أين قلناه». ويقول الشافعى «مثل الذى يطلب العلم بلاحجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب، وفيها أفعى تلدغه وهو لايدرى»، ويقول ابن حنبل «لاتقلد فى دينك أحدًا» [1].

والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) أعلام الموقعين، الجزء الثانى، ص ١٤٩.

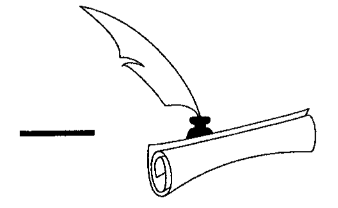


الكتاب الأول

فى

الأموال والملكية





المـــال

١ ـ المال فى اللغة كل ما تملكه من جميع الأشياء، فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عينًا أم منفعة، وقال ابن الأثير فى النهاية : «المال فى الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم».

والمال فى اصطلاح الفقهاء قريب منه فى اللغة، وقد اختلفت عباراتهم فى تعريفه، ولكنها فى اختلافها تتقارب فى مرادها، ولاتتباعد فى مفهومها، فقد عرفه بعضهم بأنه ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة(١). وفى هذا التعريف ميزة أنه ربط بين معنى المال فى الشرع واشتقاقه اللغوى، وفيه نقص لأنه غير جامع لكل أفراد المال، فمن المال ما لايمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هى، فهذا النوع من المال لايدخل فى عموم هذا التعريف مع إجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة ويجرى فيه التعامل، ومن ذلك أصناف من البقول أو الخضر ونحوها، وأيضًا فمن الأموال ما لا يميل إليه الطبع بل يعافه وينفيه ويبعده كبعض الأدوية والسموم فإنها أموال، والتعريف بظاهره لايشملها ولاتدخل فى عمومه، إلا إذا تأولنا ميل الطبع إلى الشىء بأنه الميل لادخاره وتموله، وفى الحق أن كلمة يميل إليه غير محدودة وغير معينة المراد، ويجوز أن تذكر فى سياق بيان تناسب بين لفظ المال وأصله فى الاشتقاق، ولا تساق لتعيين معنى فقهى.

وعرفه بعضهم بأنه ما يجرى فيه البذل والمنع (٢)، وهذا التعريف مع إيجازه أعم من الأول وأكثر شمولا، ولكنه يشمل المنافع، وفى اعتبار المنافع من الأموال نظر وخلاف يستبينان فيما بعد.

---

(١) راجع البحر، الجزء الخامس، والمجلة العدلية الجزء الأول.

(٢) راجع الدرر والدر المختار وحاشيته رد المحتار الجزء الخامس.

وأحسن تعريف فى نظرى ما نقله صاحب البحر عن الحاوى، وهو أن المال اسم لغير الآدمى خلق لمصالح الآدمى، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار، وهذا التعريف كامل صحيح، وإن كان فيه نقص فهو أنه لم يشمل الإنسان المسترق، وهو نقص فيه كمال، لأن الإنسان لايعتبر مالا فى أصله، والمالية أمر عارض للعبيد، ويحسن رفعها ما استطاع الإنسان إلى ذلك سبيلا، وهذا أمر مقرر فى الإسلام.

ومهما يكن من اختلاف بين هذه التعريفات فغايتها واحدة، واختلافها ليس ناشئًا عن اختلاف آراء قائليها، بل هو اختلاف عبارات بين الوضوح والغموض والشمول وعدمه، والمراد عند الجميع واحد، ولايبتعد عن التعريف اللغوى للمال، وذلك لأن الكتاب الكريم والسنة الشريفة جاءت فيها كلمة المال، وترك للناس فهمها بما يعرفون ويألفون، وأطلقت على ما كانوا يجرون فى معاملاتهم، ولم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفًا إسلاميًّا له، كما ورد فى الصلاة والصوم والنكاح وغيرها، فكانت فى فهمها على ما عليه العرب، فإذا قرأ العربى حديث رسول الله ﷺ : «كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه» فهم المراد من المال بالطريق الذى يفهم به كلمة العرض وكلمة النفس من غير رجوع إلى اصطلاح خاص.

٢ ـ والشارع الإسلامى لايعتبر كل مال صالحًا للانتفاع مباح الاقتناء والاستعمال والاستغلال، بل من الأموال ما لايباح الانتفاع به للمسلم ولا يجوز له اقتناؤه وادخاره، ومنها الخمر والخنزير، فإن المسلم غير مباح له الانتفاع بهما، وملكيته لهما ملكية غير محترمة، لاغرم على من أتلفهما فى يده، ويسمى هذا النوع من المال مالا غير متقوم، لأن الشارع لايعترف له بقيمة، إذ لايبيح الانتفاع به فى حال السعة والاختيار، ولايبيح الانتفاع إلا فى حال الاضطرار، كمن لايجد ماء، وهو فى حال ظمأ شديد يخشى معه هلاكه، ووجد خمرًا ساغ له أن يشرب منها غير طالب لها راغب فيها ، وغير مجاوز حد الضرورة وما تدفع به.

ويسمى النوع الذى يباح الانتفاع به مالا متقومًا؛ لأن الشارع اعترف بقيمته الذاتية، وأباح الانتفاع به بكل طرائق الانتفاع، وهو محترم مصون، من تعدى

عليه غرم، وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال، وقد نقل ابن نجيم فى بحره عن الكشف الكبير جملة موجزة توضح العلاقة بين التقوم والمالية، فقال: «وفى الكشف الكبير . . . المالية إنما تثبت بتمويل الناس كافة أو بتمويل البعض، والتقوم يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعًا، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لايكون مالا كحبة حنطة، وما يكون مالا بين الناس، ولايكون مباح الانتفاع لايكون متقومًا كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم».

وترى من هذا أن المالية تلازم التقوم، فحيثما كان تقوم فلابد أن تصحبه مالية. وقد تكون المالية من غير أن يثبت تقوم، ويكون حينئذ مالا غير متقوم لايعترف الشرع له بقيمة ذاتية، ولايضفى عليه قيمة شرعية، وإن شئت فقل إن المال غير المتقوم مال فى عرف مستحلِّيه، ولكنه غير مال فى نظر الشرع، لأن سلب احترام المال، وسلب القيمة التى يسير بها فى الأسواق، والانتفاع الذى هو الثمرة الأولى من ثمرات المالية.

وقد انبنى على سلب الشارع القيمة من المال غير المتقوم أن متلفه لايضمن لصاحبه المسلم شيئًا، لأنه غير مصون، وإذا كان المال غير المتقوم عوضًا فى البيع أو فى أى عقد من العقود لم يصح العقد، ولم يكن له احترام العقود الواجبة الوفاء التى يظللها الشرع بحمايتها(١).

ولكن هذا إنما هو خاص بالمسلمين، أما غير المسلمين فإن كان المال غير المتقوم عندنا يتعاملون هم به، وينتفعون فى ديانتهم فقد أمرنا باحترامه، لأنا مأمورون باحترام كل ما يتدينون به (٢)، إذ أمرنا بتركهم وما يدينون، فالخمر

---

(١) ويكون البيع باطلا إذا كان المال غير المتقوم قد تعين أن يكون المبيع فى العقد فإذا كان الخنزير مثلا مقابلا بما يثبت دينًا فى الذمة تعين أن يكون مبيعًا، فيبطل، وإن كان مقابلا لما يتعين أن يكون ثمنًا كان العقد فاسدًا.

(٢) ما نذكره هنا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه، وأما مذهب الشافعى رضى الله عنه، فهو أن المسلم إذا أتلف خمرًا أو خنزيرًا لذمى لايجب عليه الضمان. وذلك لأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا، فما ثبت فى حقنا من العقود والأموال وأحكامها ثبت فى حقهم، وذلك مال غير محترم عندنا، فهو عندهم كذلك، ووجهة نظر الحنفية أننا أمرنا بتركهم وما يدينون، وإذا كانوا يعتقدون فى مثل هذه الأموال الحل. وحملناهم على عدم تناولها ولم نحترمها فقد ألزمناهم بعقيدتنا ولم نتركهم وما يدينون، وذلك غير المقرر من قواعد الدين، ونظريات الشريعة.



والخنزير عند أهل الذمة أموال متقومة لايجدون عندهم حريجة دينية فى الانتفاع بها، فحق علينا أن نحترمها، فإذا أتلف شخص لذمى خمرًا أو خنزيرًا وجب عليه أن يضمن له ما أتلف، وإن ترافعا إلى القضاء ألزمه بالضمان، وعقودهم فيهما من بيع وشراء وغيرهما صحيحة محترمة مصونة. روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد اجتمع إليه عماله فقال : يا هؤلاء إنه قد بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الخمر والخنزير، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك. فقال : فلا تفعلوا، ولكن ولوا أربابها بيعها، ثم خذوا الثمن منهم [1]. وهذا الأثر يدل على أمرين أحدهما أنه لايصح للمسلم أن يدخل الخمر والخنزير فى ملكيته، بل لايثبت له ملكية عليها، وثانيهما أن لغير المسلمين أن يتولوا العقود عليها، لأن ملكيتهم لها محترمة.

٣ - وهل يعتبر المباح مالا متقوما، جاء فى المجلة العدلية أنه مال غير متقوم إذ لم يدخله فى ضمن تعريف المال المتقوم. فقد جاء فى المادة ١٢٧ ما نصه : «المال المتقوم يستعمل فى معنيين : الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به، والثانى بمعنى المال المحرز، فالسمك فى البحر غير متقوم، وإذا اصطيد صار متقومًا بالإحراز».

وقد تبعت المجلة فى هذا صاحب التلويح، فقد جاء فيه «إن التقوم ضربان: عرفى، وهو بالإحراز، فغير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم، وشرعى، وهو بإباحة الانتفاع به»[2].

ومن هذا ترى أنه جعل الإحراز سببًا للتقوم، كما جعل إباحة الانتفاع سببًا له؛ ولذا جعل غير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم، ولعل الذى دفعه إلى ذلك هو عدم ضمان المباحات بالإتلاف، وعدم صحة العقد عليها، فكان ذلك دليلا على عدم تقومها.

---

(١) الخراج لأبى يوسف، ص ١٥١، وفتح القدير الجزء الخامس ٦.

(٢) وقد جاء فى البدائع فى كتاب الغصب ما يفيد بفحواه ما قاله صاحب التلويح، وجاء فى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى مثل ما جاء فى التلويح أيضًا، ومن أدلتهم أن المباح ليست له قيمة قبل إحرازه.

والذى أراه أن الأموال المباحة يجوز اعتبارها أموالا متقومة ما دام الشارع قد أباح الانتفاع بهـا، واحترم ملكية من سـبق إليها واستولى علـيها، وإذا نظرنا هذا النظر لاتعد أموالا غير متقومة، لأن الأموال غيـر المتقومة ما لايقر الشارع ملكيتها ولايحترمها، ولايبيح الانتفاع بها. وأمـا عدم ضمان المباح بإتلافه، فلأنه لا مالك له، والضمان إنما يكون لمالك يطالب بحقه. وكذلك عدم ورود التصرفات الشرعية عليه، لعـدم ملكية المتصرف، ولأنه باق على الشـركة الطبيعـية بإباحته للـعموم وتركه للناس يتسابقون فى إحرازه والاسـتيلاء عليه، وبالإحراز يدخل فى الملكية، وتعلق به كل حقوق المالك للمحرز.

ومن أحسن ما قيل فى المباح ما جاء فى شرح المجلة للغزى فى باب الشركة فى المباح : «قال ﷺ : الناس شركـاء فى ثلاث : الماء، والكلأ، والنار»، فما لم يسبق إليه حرز من هذه، فهو باق على أصل الشركة، وما أحرز من ذلك بما يعالج من وسائل الإحراز لأحـد يكون ملكًا له، يورث عنه ويتصرف فيه اسـتقلالا على نحو التصرف فى الأمـلاك الخاصة، وكل شركاء المباح يأخذ الواحـد منهم حصته منه بالسعى والعمل، والعاطل والمعطل عنه يكون مظلومـًا من نفسه، لا من رفاقه الشركاء؛ لأن وظيفة الحياة العامة العمل» [١] ا.هـ.

٤ ـ وتقسيم المال فى الشريعة إلى متقوم وغير متقوم له نظير فى القانون لأن من الأموال ما يحرم قـانون العقوبات اقتناءها وإحرازها ويعـد إحرازها جريمة إلا فى أحوال استـثنائية، وهى المواد المحرم تناولهـا، وكل من استولى عليهـا فى غير أحوالها الاستثنائية بأى طريق من طرق الاستيلاء لاتحترم يده، ومن أتلفها فى هذه الحال لاعقوبة عليه، فهى مهدرة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون، فهذا النوع من الأموال يعـتبر نظير المال غير المتقوم فى الشـريعة مقاربًا [٢] له فى

---

(١) الجزء الثالث، ص ٣.

(٢) لانستطيع أن نعتبره إلا مقـاربًا لمعنى المال غير المتقوم فى الشريعة، لأن غيرالمتقـوم فى الشريعة لايعتبر فى نظرها مالا قط. وإن كان يعـتبر فى نظر الناس أو بعضهم مـالا. وأما المواد المحرمة فى قانون العـقوبات فهى تعتبر مالا فى نظره : ولكن عـدم احترام ملكيتها لتحريمها ولمنع تناولهـا، وسدا للذريعة، وردعًا لمن يسهلون للناس باب الأخذ والعطاء فيها.

المعنى، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها فى هذه الحال. فكأنه سلبها قيمتها من محرزها، ولايكتفى القانون فى سبيل التحريم بإهدار ماليتها ممن ملكها، بل يجعلها سببًا فى العقاب الأليم ينزل به، والغرم المالى يبهظه.

ومهما يكن من فوارق فى الاعتبار بين نظر الشريعة للأموال المحرمة فيها، ونظر القانون لها فلاشك أنه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة قانونًا بأنها مال غير متقوم فى يد من يستولى عليها من غير مسوغ قانونى للاستيلاء.

٥ ـ وقبل أن نترك الكلام فى حقيقة المال فى نظر فقهاء الشريعة نعرض للمنافع أتعتبر مالا متقومًا أم لا تعتبر كذلك؟ قال الشافعى ومالك، إنها أموال متقومة مضمونة، والدليل على ذلك :

(أ) أن الطبع يميل إليها، ويسعى فى ابتغائها وطلبها، وتنفق فى سبيلها الأموال، ويقدم فى سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها.

وأن المصلحة فى التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لابذواتها، فالذوات لاتصير أموالا إلا بمنافعها، فلاتقوم إلا بمقدار ما فيها من منفعة، وما تشبعه من حاجة نافعة، إذ كل شىء لامنفعة فيه لايكون مالا، وإذا كان الشأن كذلك فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببهما ومناطهما والعلة فى وجودهما فى الذوات والأشياء.

(ب) وأن العرف العام فى الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضًا ماليًا، ومتجرًا يتجر فيه، فالخانات والأسواق، والبيوت التى تعد للاستغلال بسكناها، إنما تتخذ فيها المنافع متجرًا ومستغلا تدر على أصحابها الدر الوفير، فدل هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالا تبتغى.

(جـ) والشارع الإسلامى اعتبر المنافع أموالا، لأنه أجاز أن تكون مهرًا فى الزواج،، ولايكون مهرًا فى الزواج إلا المال، كما قال الله تعالى : ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين**﴾. [النساء : آية ٢٤]. فاتفاق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهرًا دليل على اعتبارها مالا، ومن لم يعتبرها كذلك، فهو متناقض فى آرائه.

(د) ولقد ورد العقد عليها وتصير مضمونة به سواء أكان العقد صحيحًا أم فاسدًا، وضمانها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها، ولو لم تكن أموالا فى ذاتها ما قبلها العقد مالا، لأن العقود لاتقلب حقائق الأشياء، بل تقرر خواصها.

وقال الحنفية إن المنافع ليست أموالا متقومة بنفسها، وإنما تقومها بالعقد، وقد استدلوا على ذلك بأن صفة المالية للشىء لاتثبت إلا بالتمول. والتمول صيانة الشىء وإحرازه، ولذا لايقال لمن ينتفع بشىء مستهلكًا له إنه متمول له، فلا يقال لمن يأكل شيئًا أنه يتمول ذلك المأكول، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لايمكن تمولها، لأنه لايمكن إحرازها، إذ إنها لاتبقى زمانين، بل تكسب آنا بعد آن، وبعد الاكتساب تتلاشى، وتفنى فلايبقى لها وجود. وإذن فهى ليست بمال، لأن المالية بالتمول، كما ذكرنا وكما استبان مما نقلناه عن صاحب البحر.

والمنافع قبل كسبها معدومة، والمعدوم لايطلق عليه اسم المال، وبعد كسبها لايمكن إحرازها، والتقوم من أسبابه الإحراز فليس غير المحرز مالا متقومًا، كالصيد فى الفلاة، والحشيش فى الكلأ المباح [١]، وإذا كانت المنافع حتى بعد وجودها لايمكن إحرازها فعلى ذلك لايمكن أن تعتبر مالا متقومًا.

لهذا كانت المنافع فى ذاتها وفى القياس والنظر لاتعتبر مالا متقومًا ولكن ورد النص، وجرى العرف بعقد الإجارة وما يشبهها من العقود التى ترد على المنافع فقومت بهذا النوع من العقود استحسانًا وعلى غير القياس، وما جاء على غير القياس يقتصر فيه على مورد النص، لايعدوه، ولايتجاوزه إلى غيره، لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود، وليست مقومة بذاتها [٢].

---

(١) هذا الكلام مبنى عن اعتبار المباح مالا غير متقوم، وقد بينا رأينا فى هذا.

(٢) قد اقتبسنا ذلك الخلاف وتلك الأدلة من كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى. والتقرير والتحبير على التحرير لكمال الدين بن الهمام، وشرح المنار فى الأصول لابن لملك. وحاشية الأزميرى على مرآة الأصول، وشرح الكنز للزيلعى، ومع أن المنافع لاتعتبر أموالا عند الحنفية قالوا إنها تقوم من غير عقد فى الوقف ومال اليتيم والأعيان المعدة للاستغلال.

ولكن إذا كانت المنافع ليست أموالا متقومة فكيف تجرى عليها التصرفات الشرعية التى أجيزت استحسانًا، إذ كيف تجرى التصرفات الشرعية على معدوم، لاوجود له، وإن وجد فليفنى فى إبانه، لأنه لايخرج عن أنه كسب للشخص، وليس بموجود قائم بذاته، وقد أجاب عن هذا صاحب التلويح بأنها، وإن لم تعتبر مالا تعتبر ملكًا، لأن الملك لايقتضى الوجود كالمالية إذ هو القدرة على التصرفات الشرعية، ولاشك إن يثبت يرد على المنافع بإجماع الفقهاء، وهذا نص ما جاء فى التلويح : «والتحقيق أن المنفعة ملك لامال لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة» ثم إن العين تقوم مقامها.

وقد انبنى على هذا الخلاف بين الشافعى والحنفية فى حقيقة المنافع، أهى مال أم غير مال، خلاف فى فروع كثيرة فى بعض مسائل الغصب والإجارة والإعارة نذكرها فى مواضعها إن شاء الله تعالى.

القيمى والمثلى :

٦ ـ القيمى نسبة إلى القيمة. والمثلى نسبة إلى المثل، ويطلق المثلى فى الشريعة على الأموال المقدرة بالكيل والمقدرة بالوزن، والعدديات [1] المتقاربة التى لاتفاوت بين آحادها، أو بينها تفاوت لايعتد به فى نظر التجار. ويمتاز المثلى بأن آحاده لاتفاوت بينها كما بينا. وصفقاته لايضرها التبعيض، فمن أراد أن يشترى مائة أردب قمحًا، بعشرين جنيهًا ومائة، لايضره أن يشتريها على صفقتين أو صفقة واحدة، لأن التجزئة لاتضير آحاد المكيلات والموزونات، ولاتختلف أسعارها فى أجزائها عنها فى مجموعها.

---

(١) خالف زفر فى اعتبار العددى مثليًا يضمن مثله عند الإتلاف. ولذا قال إن العددى تضمن قيمته بالإتلاف لامثله. واستدل على ذلك بأن العددى لم تثبت مماثلة آحاده بالنص. بل تثبت بالاجتهاد، ولذا لايجرى فيه الربا بخلاف المكيل والموزون فإن المثلية بين آحاده ثبتت بالنص. وإذا كان العددى كذلك تتعذر معرفة مثله قطعًا، فيصار إلى القيمة (راجع الزيلعى فى باب الغصب).

والقيمى مالا يقدر بالكيل أو الوزن، وليس عدديًا متقاربًا، فالتفاوت بين آحاده تفاوت كبير يعتد به التجار كالحيوان وغيره، ومن القيمى الأشياء التى تعرف بالقياس، وهى المسماة بالمذروعات، وكانت هذه قيمية للتفاوت بين آحادها، ولأن التجزئة تضرها، فمن يريد أن يشترى أربع أذرعة من مقيس لايرضيه أن يشتريها مجزأة؛ لأن قيمتها وهى ذراع واحدة غير قيمتها فى ضمن ثلاث أذرعة.

وقد عرف قدرى باشا فى «مرشد الحيران» المثلى بأنه «مايوجد له مثل فى المتجر بدون تفاوت يعتد به، ومنه العدديات التى لايكون بين أفرادها تفاوت فى القيمة»، وعرف القيمى بأنه «ما لايوجد له مثل فى المتجر، أو يوجد لكن بتفاوت فى القيمة، ومنه المعدودات المتفاوتة التى بين أفرادها تفاوت فى القيمة» (١). وهذا التعريف لايخلو من تسامح، لأن أصناف الثياب لها مثيل فى الأسواق، ويعينها الوصف، بدليل جواز السلم فيها، ومع ذلك لاتعد من المثليات، بل تعد من القيميات، ولو كان وجود نظير فى السوق كافيًا لاعتبار المال مثليًّا، فكانت هذه مثليات، لها نظير فى السوق اعتبره الشارع نظيرًا، ومع ذلك فهى قيمى(٢)، يضمن متلفه قيمته لامثله، وقد علل الفقهاء اعتبارها قيميًّا (مع إمكان تقديرها بالوصف تقديرًا معينًا) بأنها يضرها التبعيض، ولأنها يضرها إن كانت القيمة هى الحكم فى معرفة مالية أبعاضها.

والمثليات منها نقود، ومنها غير نقود، فالدنانير والدراهم من المثليات ومثلها الجنيهات والنقود الفضية فى عصرنا الحاضر من المثليات، وهذا النوع يسمى ثمنًا، وغيره يسمى مثمنًا، والنقود تمتاز من بين سائر الأموال بأنها معايير ومقاييس يقاس بها مقدار مالية الأشياء، وما فيها مما يشبع حاجات الناس، فالدراهم والدنانير ليس

---

(١) مادة ٣٠٥ من مرشد الحيران، ومثل هذا التعريف جاء فى المجلة العدلية فى المادتين ١٤٥ و ١٤٦.

(٢) فى فتح القدير، وحاشية الزيلعى، وفى النهاية فى باب السلم الصريح بأن الثياب قيمية لامثلية بقيمتها، ولكن يجوز فيها السلم، لإمكان تعيينها بالوصف، ولوجود نظير لها فى السوق. والثياب فى أزمان الاجتهاد كانت تصنع بالأيدى لا بالآلة، فلم يكن التماثل بين آحادها وأجزائها تامًا، ولذا ضمنت بالقيمة. أما فى هذا العصر وهى تصنع بالآلة والتماثل بين الآحاد تام يصح اعتبارها مثلية.

فيها نـفع ذاتى قائم بها، لأنها لاتشبع حاجـة ولكنها ذرائع ووسائل [١] ومقدرات للمالية فى الأشياء المشبعة للحاجة.

ولأن النقود لاتشـبع حاجـة بنفسهـا، ولاتنفع بذاتها، بل تقـاس بها مـالية الأشياء كانت فى عقـود المعاوضات أثمانًا دائمًا، ولاتتعين فى العـقود بالتعيين [٢] بالإشـارة، بل تعرف بالأوصـاف، ويجب أداء ما يشـتمل على هـذه الأوصاف، فكانت ثابتة دينًا فى الذمة، وإذا كـان عقد المعاوضة نقدًا بنقد قـال الفقهاء إنه بيع دين بدين، وسموه صرفًا وكان دينًا بدين، لأن كـلا العوضين من طبيعته ألا يعين بالتعيين، بل يثبت بأوصافه فى الذمة.

أما بقيـة المثليات، فقد تثبت بأوصـافها، فتكون دينًا فى الذمـة، وقد تعين بالتعيين، فلاتكون دينًا فى الذمة، بل تثبت بأعيانها، لا بأوصافها.

٧ ـ ومهما يكن من فرق بين النقود وسائر المثليات، فالمثليات كلها تمتاز عن القيـميات بأنها تثـبت دينًا فى الذمة، إذ يمكن ثبوتـها بأوصافهـا، أما القيمـيات فلاتثبت إلا بأعيانها، ولايمكن أن تثبت بأوصافها [٣].

ولكن ما الذمة التى تثبت فيها الديون ؟ قـال الفقهاء إنها أمر معنوى فرضى جعلوه محـلا لإثبات العهود والديون، ولذا عـرفها صاحب البحـر فى أول كتاب البيع بأنها أمر شرعى مقدر فى المحل يقبل الإلزام والالتزام [٤]. وقال العز بن عبد السـلام : هى مـعنى مـقـدر فى المحل يصلح للإلزام والالتـزام [٥]. والتعريفان

---

(١) ولكن بمرور الأجيال، وبما تعطيه لأصحابها من سلطان صارت هى غرضًا مطلوبًا وهدفًا مقصودًا، وصار كثير من الناس يجد لذاذة نفسية فى ادخارها وجمـعها، وصارت كأن وجودها بين يديه يشبع حاجة ، ورغبة مستكنة، وسبحان مقلب القلوب !!

(٢) يستثنى من ذلك بعض العقود، ومن ذلك الوديعة، والقرض (راجع أصول فخر الإسلام للبزدوى).

(٣) أرى أنه يقرب من المثليات فى هذا المعنى المذروعات التى يجوز فيها السلم، لأنها بصحة السلم فيها تصير دينًا فى الذمة، ولهذا كانت شـبيهة بالمثلى فى هذا المعنى، وإن لم تكن مثليًا فى نظر الفـقهاء فى الجملة وفى كل الأحوال، بل قد تكون مثليًا فى بعض الأحوال فقط.

(٤) والذمة المالية فى القـانون هى مجموع ما للشخص ومـا عليه من حقوق والتزامات مـالية فهى تتكون من عنصرين : عنصر إيجابى، وهو مجموع الحقوق، وعنصر سلبى، وهو مجموع الالتزامات (راجع علم أصول القانون لأستاذنا السنهورى بك) وهذا التعريف فى جملته قريب من تعريف علماء الشريعة.

(٥) راجع حاشية الأشباه والنظائر وحاشيته للحموى.



متقاربان فى الألفاظ والمعانى، ومرماهما أن الذمة ليست سوى أمر معنوى فرضه الفقهاء لتحمل الواجبات، ولزوم أدائها [1].

٨ ـ وليست التفرقة بين القيميات والمثليات مقصورة على أن هذه تثبت دينًا فى الذمة وتلك لاتثبت، بل من الفروق بينهما أن القيمى يضمن بقيمته والمثلى يضمن بمثله، فإذا تعدى شخص على مال غيره فأتلفه، فإن كان مثليًا ضمن مثله، وإن كان قيميًا ضمن قيمته، وذلك لأنه بالتعدى كان واجبًا أن يغرم للمعتدى عليه بما يرفع أثر الاعتداء، ويميط عنه أذى الإتلاف،وذلك يتحقق على وجهه الكامل إذا عوضه بمثله ما أمكن المثل، فإن تعذر عليه أن يدفع إليه المثل وجبت القيمة؛ لأنها المثل المالى القاصر. ولما كانت المثليات يمكن تعويضها بأمثالها كان الواجب عند التعدى عليها مثلها، أما القيميات فتجب قيمتها لتعذر وجود مثل لها من غير تفاوت كبير، فصرنا إلى المثل المالى وهو القيمة، وعلى هذا أكثر الفقهاء [2].

وقال بعض من نفاة القياس، إنه عند التعدى تضمن القيمة مطلقًا لأن حق التعدى عليه متعلق بعين الشىء المتلف وماليته،وقد تعذر رد عينه لتلفها، فوجبت المالية وهى قيمة الشىء، إذ القيمة هى المعينة للمالية.

وقد لخص هذا الموضوع الأزميرى فى حاشيته على مرآة الأصول فقال: «إنما كان الضمان بالمثل كاملا. لأن الأصل فى ضمان العدوان هو الضمان بالمثل فى المثليات، لأن حق المستحق ثابت من كل وجه، فلا يصار إلى المثل المعنى فقط، وهو القيمة إلا عند الضرورة، ولا ضرورة ههنا لوجود المثل. وقال قوم من نفاة القياس: الواجب على الغاصب رد القيمة مطلقًا، لأن حق المالك فى العين والمالية معًا، وقد تعذرت العين فتجب المالية، ومالية الشىء قيمته، واحتج عامة الفقهاء بقوله تعالى: ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾. [البقرة: آية ١٢٤]. فإنه صرح بالمثل، والمتبادر هو المثل صورة ومعنى، لأن المقصود بالضمان هو الجبر، وذلك أتم فى المثل» [3].

(١) سنبين الذمة والاختلاف فى شأنها عند الكلام فى الأهلية.

(٢) قال المالكية إذا أتلف شخص قيميًا لآخر عوضه بقيمى من جنسه قيمته تساوى قيمة المتلف تحقيقًا للمثلية ما أمكن.

(٣) حاشية الأزميرى الجزء الأول فى باب الأمر.



وإذا انصرم المثلى وانقطع من الأسواق كأن يكون عدديًا، وانقطعت موارده فى الأسواق لعارض حرب أو نحوه، وجبت قيمته، لأن التعويض بالمثل، وهو الأداء الكامل، تعذر فيتحول إلى القاصر، لأنه الممكن ولاتكليف أكثر مما فى دائرة الإمكان (١).

هذا وبين المثلى والقيمى الفوارق كبيرة فى أحكام كثير من العقود كالقسمة والبيع وغيرهما. ففى القسمة القيمى لايقبل القسمة جبرًا والمثلى يقبلها. وفى البيع المثلى يكون ثمنًا ومحلا للسلم. والقيمى لايكون كذلك.

٩ ـ ولقد وجدنا فى ثنايا مواد القانون المدنى أحكاما للأشياء المقدرة بالكيل أو الوزن أو الذرع، وأكثر ما تكون تلك الأحكام فى البيوع، وأخص ما تمتاز به تلك المقدرات فى القانون المدنى أنها تجرى فيها المقاصة.

وقد تعرض الأستاذ الدكتور السنهورى بك فى كتابه أصول القوانين لهذا التقسيم فقال : «القيمى مالا تتعدد آحاده. مثل منزل وفرس معين، ويتعين بالتسمية أو الوصف. والمثلى ما تعددت آحاده وقام بعضها مقام البعض الآخر مثل الغلال والقطن والثياب والبيض، ويتعين إما بالكيل كالغلال، أو بالوزن كالقطن أو بالذرع كالثياب، أو بالعدد كالبيض.

وثمرة التقسيم تظهر فى وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة؛ فإنها لاتكون إلا فى المثلى. (٢) وهلاك المثليات يكون على المشترى بعد التعيين، ولو قبل التسليم، أما هلاك القيميات فلايكون على المشترى إلا بعد التسليم (٢).

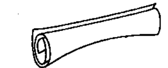
١٠ ـ العقار والمنقول : تنقسم الأموال فى الشريعة إلى عقار ومنقول، فالعقار ما لايمكن نقله وتحويله. والمنقول كل مال يمكن نقله وتحويله، ولو بتغيير صورته كالبناء والغراس؛ ولذلك قرر الفقهاء أن العقار لايشمل إلا الأرضين (٣)،

---

(١) قد اختلف فقهاء الحنفية أتعتبر قيمة المثلى المنصرم يوم وجب فى الذمة أم يوم انقطاعه عن الأسواق أم يوم الخصومة للحكم بالضمان والانقطاع. قال الأول أبو يوسف وقال الثانى محمد وقال الثالث أبو حنيفة، ولكل وجهة.

(٢) هذا ماذكره الأستاذ الكبير، والجزء الأول من ثمرات التقسيم لاخلاف عليه، والثانى موضع نظر وتحقيق. فليراجع فى مصادره.

(٣) راجع فتح القدير فى الوقف الجزء الخامس.



سواء أكانت أراضى للزراعة أم كانت للبناء أم لغير ذلك، ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال، غير أن من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقار تبعًا له وهو البناء والغراس، فهما يدخلان فى العقار تبعًا فى بعض العقود والتصرفات الشرعية، لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات، ولاحاجة إلى النص عليهما، لإدخالهما فى ضمن ما يشمله العقد.

وفى مذهب مالك رضى الله عنه : العقار يشمل الغراس ويشمل البناء؛ لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار [١]، ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما، بل تتغير حالهما فيتحول الغراس إلى أحطاب، والبناء إلى أنقاض، وهذا الثبات يكفى فى اعتبارهما عقارًا كالأرض.

ومذهب مالك قريب مما جاء به القانون المدنى الأهلى والمختلط والفرنسى وهذا نص ما جاء بالقانون الأهلى فى مواده الأولى والثانية والثالثة : (١) تنقسم الأموال إلى ثابتة ومنقولة. (٢) الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها، أو بصنع صانع. بحيث لايمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال. (٣) وما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا».

وترى من هذا أن القانون المدنى يتقارب جدًا فى نظره إلى حقيقة العقار والمنقول من مذهب مالك، وأن القانون يتوسع فى معنى العقار وحقوقه أكثر مما يتسع له مذهب ذلك الإمام رضى الله عنه، وسنشير إلى ذلك فيما يأتى من آثار هذا التقسيم فى الشريعة والقانون.

١١ ـ وقد كان لتقسيم الأموال إلى عقارات ومنقولات آثار فى الأحكام كثيرة، جعلت لكل قسم أحكامًا تختص به، وتصرفات ترد عليه دون الآخر، فالعقار يرد عليه من التصرفات مالا يرد على المنقول، ولبعض العقود فيه آثار ليست فى المنقولات، نذكر من ذلك أمثلة :

---

(١) راجع الشرح الكبير فى باب الشفعة.



(أ) فالشفعة مثلا لاتثبت أثرًا للبيع إلا فى العقار، ولاتثبت فى المنقول إلا إذا دخل فى العقار تبعا، وإلا فى حق العلو مع حق السفل والعكس. ولم تثبت الشفعة فى المنقول فى غير هذه الأحوال عند الإمام مالك رضى الله عنه، فقد أثبتها فى السفن[1] والثمار المتصلة بالأشجار. وروى عنه مع الخلاف فيه الشفعة فى إجارة الأراضى الزراعية ودور السكنى والمساقاة[2].

ومهما يكن من أمر هذه الأقوال فى ذلك المذهب، فالجمهور من الفقهاء على أن الشفعة لاتكون إلا فى العقار على وجه العموم، والمنقول فى بعض أحوال قليلة جدًا.

(ب) أن العقار يصح وقفه بإجماع الفقهاء الذين أفتوا بجواز الأوقاف ولزومها. أما المنقول فلايصح وقفه إلا تبعًا للعقار أو يكون قد ورد بصحة وقفه أثر، أو يكون قد جرى به عرف مشهور على ما أفتى به الإمام محمد رضى الله عنه.

هذا كله فى مذهب الحنفية، أما مذهب غيرهم من الأئمة، فقد أجازوا فى الجملة وقف المنقول، وإن اختلفوا فيما بينهم، ما بين مضيق وموسع.

(جـ) العقار إذا كان مبيعًا صح التصرف فيه قبل قبضه عند الإمام أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما وخالفهما محمد والشافعى رضى الله عنهما، ومنعا التصرف فيه قبل القبض؛ وأما المنقول فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، حتى على مذهب الإمام وصاحبه، لأنه قبل القبض على خطر الهلاك، وإذا هلك بطل البيع الذى كان أساسًا لذلك التصرف، فكان هذا التصرف محتملا للبطلان، فكان من الاحتياط الانتظار إلى حين القبض، صونًا للعقود عن البطلان وإبعادًا للتصرفات عن احتمال الإلغاء.

---

(١) قد أثبتها بعض الفقهاء فى الشركة فى كل شىء ما عدا المكيل والموزون، وقد ذكر هذا القول فى بداية المجتهد ونهاية المبتدئ فقد جاء فيه : «وحكى عن قوم أن الشفعة فى كل شىء ما عدا المكيل والموزون».

(٢) راجع بداية المجتهد ونهاية المبتدئ.

(د) عند بيع القاضى أموال المدين (على قول من يجيز ذلك البيع من الأئمة) يبتدأ فى البيع بالمنقول، فإن لم يف بالدين ينتقل إلى العقار، ويبتدأ من المنقول بما يخشى عليه التلف ثم بما يكون معدًا للربح والكسب كعروض التجارة. ثم يكون البيع فى سائر المنقولات.

(هـ) ليس للوصى بيع عقار المحجور عليه لصغر أو عته أو سفه أو جنون إلا عند وجود حاجة دافعة كإيفاء دين، أو لمصلحة راجحة، أو اضطرار كنزع الملك فى سبيل المنافع العامة[1]، وأما المنقول فبيعه سائغ من غير قيد إلا قيدًا واحدًا، وهو أن يكون للنظر والمصلحة، وقد وكل الأمر فى ذلك إلى نظر الوصى وحسن تقديره.

(و) وحقوق الارتفاق والجوار لاتتعلق بالمنقول، بل تتعلق بالعقار على ما سنبين إن شاء الله تعالى.

١٢ ـ وقد كان لتقسيم الأموال إلى ثابتة ومنقولة آثار فى القانون المدنى واسعة النطاق، نذكر منها قليلا :

(١) فالعقار من حيث انتقال الملكية لاينتقل إلا بالتسجيل، بينما المنقول لايحتاج فى نقل ملكيته سواء أكان بهبة أو بيع إلى تسجيل.

(٢) والعقار لاتثبت بوضع اليد عليه بسند وبحسن نية ـ الملكية فيه إلا بعد مضى خمس سنوات بينما المنقول تثبت الملكية فيه بوضع اليد فى الحال إلا فى حالة السرقة أو الضياع [2].

(٣) والرهن التأمينى وحق الاختصاص لايكونان إلا فى العقار ولا يكونان فى المنقول [3].

(٤) ومن جهة قانون المرافعات نرى ثمة تفرقة بين العقار والمنقول، فإذا كان موضوع النزاع عقارًا أو أمرًا متعلقًا به كانت المحكمة المختصة هى المحكمة التى فى

---

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك.

(٢) مادة ٧٦ و ٨٦ راجع فى هذا كتاب الأموال للأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك.

(٣) راجع كتاب الأموال.

دائرتها ذلك العقار، أما فى المنقول فمكانه لايعين الاختصاص. ودعاوى رفع التعرض واسترداد الحيازة، ووقف العمل الجديد تتعلق بالعقار دون المنقول [١].

وثمة ثمرات كثيرة لتقسيم الأموال إلى عقار ومنقول، نكتفى بما ذكرناه ليكون دليلا على ما لم نذكره.

١٣ ـ هذه وغيرها من ثمرات التقسيم إلى عقار ومنقول فى القانون، غير أن العقار فى القانون أعم وأشمل منه فى الشريعة، ويلحق به فى أحكامه فى القانون ما لايلحق فى نظر الشريعة. فالعقار فى القانون يشمل :

(أ) الأموال الثابتة بطبيعتها، وهى الأراضى كالبرك والمستنقعات والمعادن قبل استخراجها، والأحجار قبل قطعها، ومن هذا القسم الأشجار المغروسة التى لم تنفصل عن الأرض [٢]، والنبات «ويشترط فى النبات المعتبر ثابتًا أن تمتد جذوره فى الأرض فلا يعتبر مالا ثابتا النبات الذى ينمو فى الأوعية، ويعتبر النبات عقارًا بطبيعته، وإن كان زرعه فى الأرض مؤقتًا. ولافرق فى اعتبار النبات عقارًا بين كون الزارع هو مالك الأرض أو مستأجرها»[٣] وإذا قطع النبات انفصلت عنه صفة الثبات، وصار منقولا.

(ب) المال الذى ينال صفة الثابت بصنع الإنسان، وهو كل منقول جعله الإنسان بصفة ثابتة أو مزجه بالأرض حتى صار متصلا بها، فيتحول بهذا الصنع إلى عقار، ومن ذلك الطواحين والسواقى، ومجارى المياه[٤].

(جـ) الحقوق المتعلقة بالعقار مباشرة كالرهن والامتياز والارتفاق والحيازة والاستعمال السكنى [٥].

(د) ما يلحق بالأموال الثابتة من كل منقول خصص لخدمة العقار، ويشمل هذا القسم نوعين أحدهما الماشية وآلات الزراعة المخصصة بها المملوكة لصاحب

---

(١) راجع كتاب الأموال للأستاذ كامل مرسى.
(٢) راجع شرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا.
(٣) راجع كتاب الأموال للأستاذ عبد الجليل كامل مرسى باشا.
(٤) شرح القانون المدنى.
(٥) شرح القانون المدنى.

الأرض، وثانيهمـا آلات المعامل إن كانت ملكًا لصاحب المعـمل، وهذه المنقولات لاتلحق بالعقار إلا فى حـال واحدة وهى حال الحجز عليها، فـإنه لايجوز الحجز عليها منفردة عن العقار المخصصة له[1].

١٤ ـ هذا سرد مـوجز لما تشكله كلمة الـعقار فى القـانون، وما يلحق به. وإذا كان لنا أن نبـدى رأينا فى القانون والشريعـة بالنسبة للعقـار والمنقول، ونوازن بينهما فى هذا، فلاشك أنا نرى رأى القانونيين فى اعتبار كل مال يصير ثابتًا بصنع الإنسان، ويمزج بالأرض مـزجًا يعطيه صفة القرار والثبـات ـ من نوع العقار، لا من نوع المنقول، وذلك هو نظر المالكية فهم يعتـبرون كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات كالبناء والغراس من العقار، ويعطونه كل أحكامه.

العلاقة بين الإنسان والمال

١٥ ـ ذكرنا أن المال لايعتـبر مالا إلا بتمول الناس له؛ لذلك كانت عـلاقته بالإنسان هى التى تعطيه خواصه المالية والشرعية. ولقد قرر الشارع الإسلامى تلك العلاقة، ورتب عليـها ثمراتها ونتـائجها، وتلك العلاقـة المقررة فى الإسلام ككل الشرائع هى الملـك، وهو معنى نسبى يفـرض لتعيـين النسبـة بين المال والإنسان، كالأبوة والبنوة، والتقدم والتأخر، فكل هذه أمور نسـبية لتعيين النسب بين الأشياء والأشخـاص، فالأبوة والبنوة لتعـيين النسبـة بين الإنسان ومن نشـأ منه، وكذلك الملك هو معين للنسبة بين الإنسان والمال، الإنسان مالك والمال مملوك.

وقد عرف الفقهـاء الملك بتعريفات كثيرة تتقـارب فى مرماها، وإن اختلفت فى مبناها؛ فعرفه كمال الدين بن الهـمام فى فتح القدير بأنه القدرة على التصرف ابتـداء إلا لمانع. ومـعنى هذا الـتعـريـف الموجـز أن الملك قـدرة الشـخص التى لايستمـدها من غيره على التصـرف إلا لمانع يمنعه من التصرفـات، فالذى يملك التصرف بالنيابة من غيره فى شىء لايعتـبر مالكًا؛ لأنه لايقدر على التصرف ابتداء

---

(١) شرح القانون المدنى.

ومن ذات نفسه، بل يقدر عليه بقدرة غيره، ومن ملك التصرف ولكن أهليته للتصرفات ليست كاملة، أو معدومة، يعتبر مالكًا، وإن حرم من التصرفات لذلك المانع العارض، لأن العبرة فى وجود الملك بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية أو نقصانها.

وعرف المقدسى فى الحاوى الملك بأنه الاختصاص الحاجز؛ ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشىء المانع لغيره من الانتفاع به و التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه، وهذا التعريف لو اتصل بالأول، وكمل أحدهما الآخر لنتج عنهما تعريف قويم، لأن الاختصاص آثاره ثابتة فى القدرة على التصرف ابتداء، فالتعريف الذى نكونه من الاثنين يكون هكذا : الملك هو الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعًا، الذى به تكون القدرة على التصرف فى الأشياء ابتداء إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص.

١٦ ـ وقد وجدنا تعريفًا قيمًا للملك فى كتب المالكية نذكره تتميمًا للمقام، وتوضيحًا للمراد، فقد جاء فى كتاب الفروق للقرافى وحاشيته ومهذبه «إن الملك هو تمكن الإنسان شرعًا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ العوض، أو تمكنه من الانتفاع خاصة».

وهذا تعريف واضح، فهو يبين أن الملك هو التمكن من الانتفاع، ولكن ذلك التمكن لايكون إلا بسلطان من الشارع، فالشارع فى الحقيقة هو الذى أعطى الإنسان الملك بترتيبه على السبب الشرعى، ولذا جاء فى بعض التعريفات «أن الملك حكم شرعى، مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالشىء وأخذ العوض عنه»[١].

وهذا المعنى، وهو أن الملكية لاتثبت إلا بإثبات الشارع وتقريره أمر متفق عليه بين فقهاء الإسلام؛ لأن الحقوق كلها، ومنها حق الملكية لاتثبت إلا بإثبات الشارع لها، وتقريره لأسبابها، فالحق ليس ناشئًا عن طبائع الأشياء ولكنه ناشئ عن إذن الشارع، وجعله السبب منتجًا لمسببه شرعًا[٢].

---

(١) الفروق للقرافى : الفرق المتمم للثمانين بعد المائة.

(٢) راجع ما كتبه أستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم بك فى هذا المقام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة.

وهذه التعريفات مهما تختلف عباراتها كلها ترمى إلى معنى واحد، هو أن الملك أو الملكية هو العلاقة التى أقرها الشارع بين الإنسان والمال، وجعله مختصًّا به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعًا، وفى الحدود التى بينها الشرع الحكيم.

١٧ ـ ولانريد أن نترك هذا المقام من غير أن نتصدى لنقطة أثارها بعض فقهاء المالكية فى فلسفة الملك هى : أيرد الملك على الأعيان، أم يرد على المنافع فقط، ويعنون بذلك : أمن ملك عينًا يملك ماهيتها وذاتها ومنفعتها أم يملك منفعتها فقط، أما الذات فليست تحت سلطان الإنسان، ولاتقع فى مكنته. الظاهر الذى يرى بادى الرأى أن الملك يقع على الأعيان إذا كانت الأسباب الشرعية للملك تقتضى امتلاك العين، ويقع على المنافع إذا كانت الأسباب الشرعية تقصره عليها. ولكن فقهاء المالكية اختلفوا فى ذلك، ففريق منهم قالوا : إن الملك ومعناه القدرة على التصرف لايتجاوز المنافع ويعدوها إلى جواهر الأشياء وذواتها، لأن التصرف لايقع على الذوات. ولكن يقع على المنافع وعلى أعراض الذات وأحوالها، فلايمس جوهرها وماهيتها، لأن التصرف على ماهيتها يكون بالإحياء أو بالإفناء، وذلك ليس فى قدرة الإنسان، إنما التصرف الذى فى قدرة الإنسان هو ما حصر فى دائرة المنافع وانتقال العين من يد إلى يد ، وتلك لاتمس الذات فى شيء من المساس. ويفرقون بين الأسباب التى تبيح الانتفاع فقط، والأسباب التى تعطى القدرة على التصرفات كلها، بأن هذه كالبيع والهبة ونحوها تعطى القدرة على منافع العين إلى غير زمن محدد لاتلزم برد العين، وأما الأخرى كالإجارة والإعارة والوصية بالمنافع فإنها تعطى ملك المنافع إلى زمن محدد طال أو قصر وبعدها ترد الأعيان إلى مالكى المنفعة ملكًا مطلقًا، وكأن المرمى فى هذا أن أسباب الملك إما أن تعطى ملك المنافع مطلقًا غير مقيد، فتكون بيعًا أو هبة أو ميراثًا. وإما أن تعطيه مقيدًا بزمن، وترد العين بعده. ويسمى التصرف إجارة أو إعارة أو وصية بالمنافع.

والحنفية (كما تدل على ذلك ظواهر عبارات الكتاب والفقهاء) على أن الملك يقع على العين فى التمليكات المطلقة، ويقع على المنفعة فى العقود التى تفيد



ملكية المنفعة فقط، وليست ثمة حاجة إلى الفلسفة التى أثارها المازرى من فقهاء المالكية؛ لأن ذلك كله أمور فرضية ولاجداء فى هذا الخلاف.

قابلية الأموال للملك والتمليك :

١٨ ـ الأموال بطبيعتها قابلة للملك والتمليك، لأنهما الثمرة الأولى لاعتبار الأشياء أموالا، والنتيجة الطبيعية للإحراز الذى هو من خواص المال غير المباح المميزة له عما عداه من الأشياء، وأن الإحراز بمعناه الدقيق إن طرأ على المباح كان هو الاختصاص الحاجز المانع لغير المحرز من الانتفاع، وقد علمت مما سبق أن المقدسى يعرف الملك بأنه هو هذا الاختصاص؛ فإذا كان الإحراز من خواص المال غير المباح وصفاته الملازمة له، وكانت العلاقة بين الإحراز والملك هى ذلك التلازم كان علينا أن نقول حتمًا إن المال قابل للملك بطبيعته وذاته. وخاصته. غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع، فيمتنع ورود التصرفات التى تثبت الملكية لآحاد الناس عليها، وتصير بذلك التخصيص غير قابلة للتمليك فى كل الأحوال أو فى بعض الأحوال. وتشمل تلك نوعين من الأموال : أحدهما ما خصص للمنافع العامة كالأماكن المعدة لحفظ البلاد وحمايتها كالقلاع والحصون والمرافئ، ومثلها الطرقات العامة والقناطر والجسور المعدة لاجتياز عامة الناس. فهذه الأموال لاتقبل التمليك مطلقًا ما دامت مخصصة لمنفعة الكافة[1]. فإن زالت عنها تلك الصفة عادت إلى حالها الأصلية وهى قابليتها للملك والتمليك بإطلاق.

(ثانيهما) أموال تقبل التمليك فى بعض الأحوال وذلك عند وجود مسوغ شرعى من ضرورة ملجئة للتمليك، أو حاجة ماسة دافعة إليه، أو مصلحة راجحة، وتلك الأموال هى العقارات الموقوفة وأموال بيت المال فإن كليهما لايسوغ تمليكه إلا فى الأحوال التى ذكرنا على ما هو مبين فى مواضعه فى كتب الفقه.

وغير هذين النوعين من الأموال قابل للملك والتمليك بإطلاق من تقييد.

---

(١) راجع مرشد الحيران وكتاب المعاملات المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك والفروق للقرافى.

الملكية التامة والناقصة :

١٩ ـ الملك التام هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها.

(١) وهو يعطى المالك حق التصرف فى العين ومنافعها بكل التصرفات السائغة شرعًا من بيع وهبة وإجارة وإعارة ووصية ووقف، وغير ذلك من التصرفات التى تسيغها الشريعة الإسلامية، ولاتتنافى في أحكامها مع مبادئها وقواعدها.

(٢) ويعطيه أيضًا حق الانتفاع كاملا غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع، ولابزمن، ولابحال ولابمكان، فهو يستغل العين ويستعملها من غير قيد ولاشرط؛ لأنه لاسلطان فى العين ولا منفعتها لأحد سواه. ولاقيد يقيد الانتفاع إلا قيد واحد وهو ألا يكون الانتفاع محرمًا دينًا وشرعًا، بأن يكون قد ورد فيه نهى عن صاحب الشرع الشريف، والدين الحنيف.

(٣) والملك التام ليس له زمن محدد ، ووقت معلوم ينتهى عنده، بل إنه لايقبل التقييد بالزمان، ولايقبل التقييد بالشروط؛ فهو إذن مطلق لايقيد بزمان ولامكان ولاشرط، ولذلك كانت العقود التى تفيد التمليك ملكًا تامًا لاتقبل تقييد الملك ، وكل شرط فيه تقييد له يكون منافيا لمقتضاها، غير ملائم لمعناها، ولاينتهى الملك التام إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك، أو بالميراث، أو تهلك العين الواقع عليها الملك.

(٤) والمالك ملكًا تامًّا إذا أتلف العين المملوكة له لايضمن مثلها، ولاقيمتها؛ لأنه لافائدة من هذا الضمان؛ إذ إنه إن ضمن يضمن لنفسه، فكأن يده اليمنى تعطى يده اليسرى، وذلك لامعنى له؛ لأنه لايقع فى هذه الحال غرم ولاغارم، وليس معنى ذلك أنه يعفى من كل تبعة لإتلافه، بل إنه مسئول دينًا عما أضاع، وقد يستحق التعزير على عمله، وقد يؤدى عمله إلى إثبات سفهه أو نقصان عقله، فيمنع من التصرف فى ماله، ويتولاه عنه غيره. هذه الأمور الأربعة هى من خواص الملك التام، نكتفى فى ذكرها بالإيجاز بدل الإطناب.



٢٠ ـ والملك الناقص هو ملك أحد الأمرين لايعدوه، ملك الرقبة وحدها من غير منافعها، أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة، فهو واقع إما على الرقبة وحدها، وإما على المنفعة وحدها.

وملك الرقبة وحدها من غير ملك المنفعة يثبت فى صورتين، كلتاهما فى الوصية :

(الصورة الأولى) : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته سواء أكان ذلك لأمد معلوم له نهاية معلومة، أم مدة حياة الموصى له، فإنه فى مدة حياة الموصى له أو مدة انتفاعه المعينة يكون هو مالكا للمنفعة، وليس للورثة إلا الرقبة وحدها.

(الصورة الثانية) : إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة العين، ولآخر برقبتها، فإن الموصى له بالرقبة يكون مالكًا للرقبة وحدها، فى مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة سواء أكانت لها نهاية معلومة أم تنتهى بالموت.

وفى هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة مؤقتًا محدودًا بملكية الآخر للمنفعة، فإذا انتهى ملك المنفعة إما بموته أو بانتهاء مدتها عادت المنفعة إلى مالك الرقبة؛ وتصير المنافع والرقبة ملكا لصاحب الرقبة، فيصير ملكه ملكًا تامًا؛ وإذن فملكية الرقبة تنتهى دائمًا بملك تام.

٢١ ـ والأصل فى ملك الرقبة وحدها هو جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة، وذلك جائز فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه وأكثر الأئمة، وخالف فيه ابن أبى ليلى، فهو لايجيز الوصية بالمنافع منفصلة عن أعيانها، واستدل على ذلك بدليلين ـ أحدهما ـ أن الوصية بالمنافع وصية بما يصير ملك الوارث؛ لأن الوصية عقد لايظهر أثره إلا بعد موت الموصى. وبعد موته تصير الرقبة ملك الورثة والمنفعة تابعة للرقبة ملازمة لها؛ لاتنفصل عنها، فمن ملك الرقبة ملكها، فإذا وصى بها الإنسان كان ذلك إيصاء بشىء هو فى ملك وارثه عند تنفيذ الوصية، وتقرير حكمها، وظهور أثرها، وذلك لايجوز فى الشريعة.

ثانيهما - أن الوصية بالمنافع لاتجوز إلا على اعتبار أنها تشبه الإعارة لأن كلتيهما تمليك للمنافع بغير عوض، فالمسوغ الوحيد لإجازتها هو هذا التشابه وهو مسوغ يؤدى إلى بطلان الوصية بالمنافع، ويأتى عليها بالنقض، فإن الإعارة تبطل بموت المعير. ولاتثبت بعد موته ساعة من زمان، وإذن فهذا المسوغ لايصح أن يكون مجيزًا للوصية بالمنافع، ولايستطيع أحد أن يفرض مسوغًا سواه[1].

وقد استدل الحنفية وغيرهم على جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة بأن المنافع يعقد عليها فى عقود الإجارة والإعارة وغيرهما، ولاشك أن الوصية أوسع قبولا، ولذا صح أن يكون المعقود عليه فيها غير موجود عند العقد، وصح العقد فيها مع التعليق والإضافة، فإذا جاز أن تكون المنافع محلا للعقد فى العقود الضيقة النطاق التى يبطلها التعليق فبالأولى تجوز فى الوصية، وهى من أوسع العقود شمولا، وأكثرها قبولا للشروط.

وردوا دليل ابن أبى ليلى بأن الوصية بالمنافع تجعلها ملكًا مقصودًا، فإذا مات الموصى تصل إلى الموصى له فى الوقت الذى تصل فيه الرقبة إلى الوارث؛ لأن كلتيهما تنال الملك بالخلافة عن المورث، فتصل الرقبة إلى الوارث منفصلة عن منافعها، ولايوجد ما يحد إرادة الموصى فى الوصية؛ لأنه مادام يملك الوصية بثلث ما يملك، فله الوصية بالمنافع وحدها أو بها مع العين، ولادليل على التقييد والمنع، بل إنه مادام يملك الوصية بالمنافع والذوات . . . فبالأولى يملك الوصية بأحدهما، فإذا أفرد المنافع بالوصية فقد فعل ما هو من ولايته.

وردوا الدليل الثانى بأن الوصية بالمنافع شابهت الإعارة فى أن كلتيهما تمليك بغير عوض، فكان ذلك مسوغًا لجواز هذا النوع من الوصايا لهذا المعنى الجامع بينه وبين الإعارة، وليس معنى ذلك أن يكونا متشابهين من كل الوجوه وإلا كانا عقدًا واحدًا، فلابد إذن أن يختلفا فى بعض مشخصاتهما، فالوصية تكون بعد الموت، والعارية تكون حال الحياة. وليس كون الوصية بعد الموت بمانع أن يسرى عليها الجواز الذى سرى على العارية المشابهة لها، لأن للإنسان أن يتصرف فى ثلث ما يملك بعد الوفاة.

---

(١) راجع فى هذا البدائع الجزء السابع.



هذه أدلة الفريقين سقناها توضيحًا للفكرة، وتثبيتًا لها، ولكى يكون القارئ على إلمام بلب الفقه ومعناه؛ فلب الفقه الاستدلال ورد الفروع إلى أصولها.

٢٢ - وملك الانتفاع وحده من غير ملك الرقبة يشمل نوعين من الحقوق: ملك المنفعة وحق الانتفاع، وقد عقدت كتب المالكية والشافعية فصلا للتفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، وأحسن ما قيل فيه ما قاله القرافى فى كتابه الفروق، وخلاصته أن حق الانتفاع هو الإذن للشخص فى أن يباشر هو الانتفاع بنفسه فقط كالإذن فى الجلوس فى المدارس والمساجد، والأسواق، والبيات فى المضايف ونحو ذلك، فلمن أذن له فى ذلك أن ينتفع بنفسه فقط، ويمتنع فى حقه أن يؤجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره فى بيت من دار الضيافة.

وتمليك المنفعة أن يكون لشخص الحق فى أن يباشر الانتفاع هو بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، أو بغير عوض كالعارية. كمن استأجر دارًا فله أن يؤجرها لغيره أو يعيرها، وفى الجملة له أن يتصرف فى هذه المنفعة تصرف الملاك فى أملاكهم بالوجه الذى قيدت به أحكام العقد الذى استحقت بمقتضاه المنفعة.

وعلى ذلك نقول إن حق الانتفاع يثبت بأحد سببين (أحدهما) أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة الكافة، ولايملكها واحد من الناس، كالأنهر والترع التى تشقها الدولة، والطرق غير المملوكة، وكذلك ما خصصته الدولة لمنفعة فريق من الناس لاحظت فيهم شروطًا يجب أن تتحقق، كالمدارس والمصحات وغير ذلك، فما يتعلق بهذه الأعيان من الحقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة.

(ثانيهما) الإباحة[١] فإنها تعطى المباح له حق الانتفاع، ولاتعطيه ملك المنفعة، فليس له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض، كمن يخصص دارًا

---

(١) الإباحة أن يأذن شخص فى الانتفاع بماله أو امتلاكه لا على وجه التعاقد، ولاشرط أن يكون المأذون له بالانتفاع أو الامتلاك معلومًا بشخصه أو اسمه، ومثال ذلك الضيافة العامة والخاصة. ونثر النقود فى العرس (راجع هامش كتاب المعاملات الشرعية المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك).

له لإيواء من انقطع بهم الطريق، ولا مكان يأوون إليه، فإن المتنفعين بهذه الدار لهم حق الانتفاع فقط، إذ لايملكون أن يملكوا غيرهم منفعة بعوض أو بغير عوض.

٢٣ ـ أما ملك المنفعة فيستفاد بأسباب أربعة، وهى : الوقف، والوصية، والإجارة، والإعارة.

(أ) والإعارة لاتسيغ للمنتفع أن ينتفع بطريق الاستغلال بأن يؤجر العين لغيره، وينال الأجر، وذلك لأن من ملك المنافع بغير عوض لايصح أن يملكها غيره بعوض، ولأن الإعارة عقد لازم، والإجارة عقد لازم، فإذا ملك المستعير الإجارة إما أن نقول أن إجارته لازمة، وعلى ذلك تكون الإعارة أيضًا لازمة، لأنها مبنية عليها، وذلك تغيير لوصفها الشرعى وأثرها الذى اعتبره الشارع مقتضى لها، وإما أن تكون إجارة المستعير غير لازمة، لأنها بنيت على عقد غير لازم، وذلك أيضًا تغيير لوصف الإجارة الشرعى، ومقتضاها الذى جعله الشارع أثرًا لها، فالإجارة من المستعير إذن تؤدى حتمًا إلى أحد أمرين كلاهما غير موافق لوصف أحد العقدين ومقتضاه [١].

وهذا الحكم هو مذهب الحنفية والشافعى، وأما مذهب مالك رضى الله عنه فهو أن من استعار عينًا، فقد ملك منفعتها، وإذا ملك منفعتها فله الحرية والسلطة المطلقة فى التصرف فيها فى مدة العارية بشرط ألا يضر بالعين، وعلى ذلك يكون له أن يعير العين وأن يؤجرها[٢].

(ب) والإجارة تسوغ لمن ملك المنفعة بمقتضاها أن ينتفع بنفسه، وأن ينتفع بطريق الاستغلال، فله أن يؤجر العين، ويأخذ أجرتها بشرط ألا تكون المنفعة المعينة فى العقد مما يختلف باختلاف المنتفعين، فإذا كانت مما يختلف باختلاف المنتفعين، ولم يجز المؤجر للمنتفع أن يؤجرها لغيره أو يعيرها، فليس له أن يؤجر

---

(١) راجع الأشباه والنظائر.

(٢) راجع الفروق للقرافى الجزء الأول، وقد جاء فى تهذيب الفروق : «من شهدت له العادة فى العارية بمدة كانت له تلك المنفعة ملكًا على الإطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة فى التصرف فى المنفعة فى تلك المدة، ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب».



أو يعيـر، لأنه إن فعل يكون قد فـعل غير المتـفق عليه، وهو المنفعـة المعلومة فى العقد، ولاشك أن الإجارة لاتعطى من المنافع إلا النوع المتفق عليه، فتمليك المنفعة التى تختلف باخـتلاف المنتفعين من غـير إجازة المالك سواء أكان بعـوض أو بغير عوض - تمليك غير المتفق عليـه أو تمليك مالا يملك، وذلك لايسوغ ولايجوز من غير إذن.

(جـ) وأمـا الوقف والوصيـة فللمنتـفع بسببهـا أن ينتفع بالاسـتغـلال أو بالاستعـمال إن نص عند إنشائهما على أن له أن ينتـفع كيف شاء، وإن نص على واحد منهمـا دون الآخر كأن ينص على الاستعـمال ، ويمنع النص على الآخر، والعكس، فليس له إلا ما نص عليه؛ لأن الشروط التى يذكرها الواقفون والموصون فى الوقف أو الوصية هى التى تنظم طريق الانتفاع، وبمقتضاها يتمكن المنتفع منه، ولذا ورد على أقلام الفقـهاء «شرط الواقف كنص الشارع» وذلك كلام سائـغ فيما أعطاه الشارع له من حقوق فى الوقف، ومثل ذلك الوصية.

وإن نص على الاستـغلال وسكت عن الاستـعمال من غيـر إجازة أو منع، فقد اختلف فقـهاء الحنفية، ففريق قال إنه يملك الاستعـمال والاستغلال؛ لأن من ملك أن يملك المنفعة لغـيره بغير عوض يملكها بالأولى لنفسـه. وليس الاستغلال إلا بأن يملك المنافع لغيره بعوض. ولأنه لافرق بين استعماله واستعمال غيره. بل إن استعماله مظنة الرفق بالعين. والرعاية لها والمحافظة عليها.

وقـال فريق آخـر وهم الأكـثـرون عدداً إن من مـلك الاسـتـغـلال لايملك الاستعمال ما دام لم ينص عليـه؛ لأن المنتفع يستمد هذا الحق من نص الواقف أو الموصى. والذى نص عليه هو الاسـتغلال فقط، والاسـتغلال والاستعـمال أمران متغـايران، ووجهان من أوجه الانتـفاع متبـاينان، فالنص على أحدهما لايـقتضى إجازة الآخر.

ومثل النص على الاستـغلال من غير نص على الاستعـمال فى الحكم الحال التى يطلق فيهـا الواقف أو الوصى فلايذكر استـغلالا أو استعمـالا، فإنه ينصرف الإطلاق إلى الاستغـلال. وكأنه نص عليه من غير ذكـر الآخر، وذلك مبنى على

قاعدة أصولية، وهى أن المطلق ينصـرف إلى الفرد الكامل، وكأنه ذكره، ففى هذه الحال قـد ذكر فى الوصيـة والوقف الانتفاع مطلقـًا من غير نص على أحـد فردى الانتـفاع وهمـا الاسـتعـمال والاسـتـغلال، ولاشك أن الاسـتـغلال أكـمل من الاستعمال؛ لأنه أوسع نطاقًا فى التصرفات، فينصرف إطلاق الانتفاع إليه.

وإذا نص الواقف أو الموصى على الاستعمال فـقط، ولم يتعرض للاستغلال بإجازة أو منع، فإن فقهاء الحنفية مجمعون على أنه لاينتفع إلا بطريق الاستعمال، ولايسوغ له الاستغـلال؛ لأن من ملك حق الاستعمال بمقتـضى الوقف أو الوصية قد ملكه بغـير بدل فلايملكه من غـير بدل؛ والاستـغلال يقتضى ذلك، فـهو إذن لايجـوز، لأن الملك ببـدل أقوى من الملـك من غيـر بدل، ومن ملك الأضـعف لايملك الأقوى.

٢٤ ـ والوقف فى مـذهب مالك، إن كـان على السكنى كـان معطيـًا حق الانتفاع للمسـتحق، ولايكون مملكًا للمنفعة، وإذن يكون للمنتفع أن ينـتفع بنفسه فقط، وليس له أن يعـير المنفعة لغيـره فضلا عن أنه ليس له الاستـغلال بوجه من الوجوه، وهذا نص ما جاء فى الفـروق للقرافى : «وإذا وقف وقفًا على أن يسكن أو على السكـنى ولم يزد على ذلك فظاهـر اللفظ يقـتـضى أن الـواقف إنما ملك الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون المنفـعة، فليس له أن يؤجره غيره، ولايسكنه، وكذلك إذا صـدرت صيغـة تحتمل تمليك الانتـفاع أو تمليك المنفـعة، وشككنا فى تناولها للمنفعة قصـرنا الوقف على أدنى الرتب، وهى تمليك الانتفاع دون المنفعة، فإن قال فى لفظ : «ينـتفع بالعين الموقوفة بجـميع أنواع الانتفاع»، فـهذا تصريح بتمليـك المنفعة. أو يحـصل من القرائن مـا يقوم مقـام هذا التصـريح من الأمور العادية أو الحـالية، فإنا نقضى بمقـتضى تلك القرائن، ومـتى حصل الشك وجب القـصر على أدنى الرتـب؛ لأن الأصل بقاء الأمـلاك على ملك أربابهـا، والنقل والانتقال على خـلاف الأصل، فمتى شككنا فى رتب الانتقـال حملناه على أدنى الرتب إبقـاء للأصل، وعلى هذه القـاعدة مـسـائل فى المذهب»، وظاهر من هذه العبارات، وعموم الأصل الذى انبنت عليـه تكون أحكام الوصية كأحكام الوقف،

وخلاصة القول فى ذلك أن عبارة الواقف إن أفادت بنصها أو بالقرائن اللفظية الحالية أنها ملك المنفعة كان للمنتفع الاستعمال والاستغلال، وإن أفادت ملك الانتفاع كان له الاستعمال دون الاستغلال، وإن كانت العبارة تحتمل أحد الأمرين حملت على أدنى رتب الانتفاع، وهى حق الانتفاع فقط، فيكون له الاستعمال دون الاستغلال.

وفى مذهب الشافعى وأحمد بن حنبل رضى الله عنهما الوقف والوصية يملك المنتفع بسببهما المنفعة لاحق الانتفاع؛ إلا إذا نص على أن المنتفع له حق الانتفاع فقط أو دلت قرائن الأحوال على ذلك. كالانتفاع بالخانات والمصحات والمدارس الموقوفة، فإن المنتفع لايملك إلا حق الانتفاع، أما فى غير هذه الأحوال فيملك المنتفع المنفعة سواء أكان الوقف أو الوصية للسكنى والاستعمال فقط أم للاستغلال فقط أم لهما، فمن ملك أحدهما على جهة الاختصاص ملك الآخر؛ لأن مقتضى الوقف أو الوصية فى هذه الحال ملك المنفعة، لاحق الانتفاع، وملك المنفعة يعطى حق الاستعمال والاستغلال على ما هو مقرر.

خواص ملك المنفعة وحق الانتفاع :

٢٥ ـ (١) للمنتفع فى ملك المنفعة حق متعلق بالعين، ولكن العين ملك لغيره، وإنما استفاد هو ذلك الحق من مالك العين، ولذلك كان المنتفع مطالبًا بالمحافظة على العين المنتفع بها محافظته على ماله، لكى يعيدها إلى مالكها صحيحة سليمة، وإذا هلكت بفعله أو بتقصيره فى المحافظة عليها كان ضامنًا لصاحبها بقيمتها إن كانت قيمية ومثلها إن كانت مثلية، ولايضمن إن هلكت من غير تعد أو تقصير فى المحافظة عليها.

(٢) وملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط فى أوجه الانتفاع، وفى زمان الانتفاع وفى مكانه، وهو يخالف بذلك الملك التام؛ فإنه لايقبل التقييد بالشرط على ما أسلفناه من القول.

(٣) وملك المنفعة لايورث ، بل ينتهى بوفاة المالك، ولاينتقل لورثته وهو بذلك يخالف الملك التام وملك الرقبة فإنهما يورثان، وينتقلان بالخلافة إلى الوارث، وخالف فى ذلك الشافعى فقال إن ملك المنفعة يورث.

ضمان العين المنتفع بها :

٢٦ ـ للانتفاع بالعين حالان : (إحداهما) ألا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، بل الانتفاع بها باستهلاكها، وذلك يكون فى إعارة بعض المثليات فإن الانتفاع بها يكون باستهلاكها غالبًا، ففى هذه الحال لاترد ذات العين المنتفع بها بل يرد مثلها، ويكون عقد العارية فى هذه الحال عقد قرض.

(ثانيهما) أن يكون الانتفاع بالعين مع بقائها، وفى هذه الحال تكون العين أمانة فى يد المنتفع، فإن تلفت من غير تعد ولاتقصير أو تعيبت لذلك لايضمن شيئًا، لأن يد الأمانة غير ضامنة.

وإن تلفت بتعد أو تقصير فى الحفظ أو تعيبت ضمن قيمتها أو مثلها عند الهلاك، وضمن نقصان العيب عند التعييب، والتعدى يثبت بإحدى صورتين (أولاهما) أن يتلفها أو يعيبها بعمل مقصود به الإتلاف أو التعييب، (وثانيتهما) أن يتجاوز الشروط التى قيده بها المالك، أو يتجاوز الأمد الذى عينه له، أو يحبس العين بعد انقضاء المدة المحدودة، ففى كل هذه الصور يكون المنتفع متعديًا وتنتقل يده من يد أمينة إلى يد ضامنة.

وينتهى ملك المنفعة، بوفاة مالك العين أو المنتفع كما أشرنا، وبانقضاء المدة التى عين الانتفاع بها، وبهلاك الشىء المنتفع به، أو تعذر استيفاء المنفعة المتفق عليها منه، ومتى انتهى حق الانتفاع والعين باقية سلمت العين إلى مالكها، إلا إذا كان فى تسليمها ضرر على المنتفع، كأن تنتهى مدة الإجارة والزرع بقل لم ينضج، فإنه يترك بأجر المثل، وإذا مات المستأجر والزرع بقل ترك فى يد الوارث بالأجر المسمى إن كانت مدة الإجارة لاتزال باقية لم تنته، فإذا انتهت كان على الوارث أجر المثل إذا كان الزرع لايزال بقلا[١].

٢٧ ـ ولم نجد القانون المدنى خالف الشريعة فى ملك المنفعة مخالفة كبيرة، وجملة ما خالفها فيه ترجع إلى أمور منها :

---

(١) راجع مذكرات المعاملات فى فقه أبى حنيفة التى كتبها بعض أساتذة مدرسة القضاء الشرعى للسنة الثانية من القسم الأول بها، وراجع البدائع فى الإجارة.



(١) أن ملك المنفعة ينتقل إلى الوارث بعد وفاة مالكها، إذا كانت لمدة معينة ولم تنته المدة، ومذهب الحنفية غيرذلك؛ لأن ملك المنفعة فيه لايورث بل بمجرد وفاة أحد العاقدين فى العقد الذى ملكت المنفعة بمقتضاه يفسخ العقد، وينتهى ملك المنفعة على النحو الذى ذكرناه. ومذهب الشافعى كالقانون المدنى.

(٢) أن القانون المدنى يفرض أن حق المنفعة قد يكون أبديًا، ولكن عقد المنفعة المؤبد لايكون بين آحاد الناس بعضهم مع بعض، بل يكون بين الدولة وآحاد الناس. والأصل فى ذلك أن أكثر أراضى مصر كانت معتبرة ملكًا للدولة، ويد الزارع عليها يد مستأجر منتفع، لايد مالك العين، ولكنه حق دائم غير مقيد، وينتقل بعد المنتفع إلى الورثة الذين أجيز لهم بمقتضى القانون أن يحلوا محل مورثهم. ولكن بعد أن صارت تلك الأراضى التى كانت يد الناس عليها يد منتفع مملوكة ملكًا تامًا لواضعى اليد عليها بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ للقضاء الأهلى، والأمر العالى الصادر بتاريخ ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦[(١)] ـ بعد هذا أيبقى حق الانتفاع الأبدى ؟ ولقد كان ذلك مفروضًا فى تلك الأراضى، والتى قد زالت ملكية الدولة عنها، وأصبحت ملكًا تامًا لواضعى اليد، وما تملكه الحكومة من أراض غيرها إنما تملكه ملكية خاصة تتصرف فيه على أنها شخص معنوى له ما لكل شخص من تصرفات، لذلك لانرى أن تلك المنفعة الأبدية (إذا كان ذلك أصلها) باقية إلى الآن.

(٣) أن حقوق مالك المنفعة والعين المنتفع بها أوسع فى القانون منها فى الشريعة «فلمالك المنفعة فى القانون المدنى جميع حقوق المالك فيما ملك وعلى قدر ملكه فله الانتفاع بالشىء مباشرة أو بالواسطة كالإجارة أو الشركة أو المزارعة وغير ذلك، وله أن يرهنه بجميع أنواع الرهن، ويرتب عليه حقوق ارتفاق، وأن يتصرف بالبيع والبدل، وغير ذلك من التصرفات الجائزة فى الملك شرعًا»[(٢)].

---

(١) راجع المجموعة المدنية والملكية العقارية فى مصر للأستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى، وشرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا.

(٢) العبارة منقولة بالنص تقريبًا من شرح القانون.

ونرى من ذلك أن القانون أعطى مالك المنفعــة من التصرفات، وسوغ له من العقود ما لم تسوغه الشريعة، فالرهن مثلا لا يجوز من المنتفع فى الشريعة، ولكنه يجوز فى القانون.

حقوق الارتفاق

٢٨ ـ حق الارتفاق حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر. مالكه غير مالك العقــار الأول ،وهو يشبه حق الانتــفاع من حيث إنه لــيس فيه ملكيــة تامة لمالك العقار المنتفع؛ بل إن بعض المؤلفين يعده من أقسام حق الانتفاع(١).

وحقوق الارتفاق الثـلاثة : حق الشرب، وحق المسيل، وحق المرور. وهذه تشـملها أحكـام عامـة، وتخص كل واحـد منها أحكام. أمـا العـامة، فـهى أن جميـعها، لابد لثبوتها من ألا يكون فـى استعمالها أذى يلحق غـيره، كأن يكون استعمال حق الشرب فى سقى أراض واسعة يأخذ مـاء كثيرًا يضر فيجعل الشركاء فى الترعة الخاصة، أو المنتفعين فى الترعة العامة أو النهر العام عرضة للحرمان من السقى، وأخذ نوبتـهم، ففى هذه وأمثالها يمنع الشخص بمقـدار ما يزيل الضرر، كذلك حق المـرور يجعل لك حق المرور إلى منزلك أو لزرعك من طريـق، بشرط ألا تضر غيرك، بأن تلقى فيه قاذورات، أو تعمل ما فيه احتمال الضرر، كأن تسير بعربتك فى غير الجانب المخصص لسيرها من الطريق، حتى لاتصطدم بغيرها.

ويثبت أى حق من حـقوق الارتفاق بواحد من ثلاثة أسـباب : (أحدها) أن يتعلق الحق بمرتفق عام، فـيثبت لكل من يتصل به عقاره حق الارتفـاق فيه شربًا، ومسيلا، ومـرورًا، (ثانيها) الإذن من المالك إذا كان العقـار المتعلق به الحق مملوكًا ملكًا خاصًّـا، فإنه بهذا الإذن يصير لـه حق الارتفاق على عقار الآخـر، (ثالثها) القدم : فإذا وجـد أن لعقار على آخر حـقًّا مقررًا، حـفظ له ذلك الحق ما دام لم يعرف وقت حدوثه، وإن علم قت الحـدوث فإن كان مثبتًا لذلك الحـق كان للعقار الحق بهذا السبب المثبت، وإن كان غير مثبت بأن كان سببًا باطلا وعلم ذلك بالبينة

---

(١) راجع كتاب الأستاذ الجليل أحمد إبراهيم بك فى المعاملات الشرعية المالية.



حكم ببطلانه، وفى الجملة القدم مثبت ما لم يقم دليل على بطلان السبب الذى اعتمد عليه بعد ثبوت أوليته.

حق الشرب، والمجرى :

٢٩ ـ والآن نتكلم فى كل حق من هذه الحقوق، وما يخصه من أحكام، ولنبدأ بحق الشرب :

الشرب فى اللغة معناه الحظ والنصيب من الماء، قال الله تعالى عز شأنه : ﴿**وهذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم**﴾. [الشعراء : آية ١٥٥]. وقال تعالى : ﴿**ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر**﴾. [القمر : آية ٢٨].

وفى الشريعة : النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر، ويقابل حق الشرب الذى خص بسقى الزرع والشجر ـ حق الشفة فهو خاص بشرب الحيوان والإنسان ومنفعته بالماء كالوضوء والغسل ونحو ذلك، والمياه بالنسبة لحق الشرب والشفة ثلاثة أقسام :

القسم الأول : الأنهار الكبيرة وما تفرع عنها من ترع أنشأتها الدولة لمنافع الناس ورى أراضيهم، ولكل إنسان أن ينتفع من هذه المياه، ويشرب منها هو وحيوانه، ويسقى زرعه وغرسه وينصب عليها الرحى[1]، ويكرى نهرًا منها إلى أرضه بشرط ألا يضر ذلك بالعامة، وذلك لأن ماء هذه الأنهار غير مملوك لأحد، لأن الملك يكون بالاستيلاء والقهر والإحراز، ومياه هذه الأنهار غير محرزة ولامقهورة ولامحل استيلاء أحد؛ وفوق ذلك فهذه الأنهار غير مملوكة الرقبة لأحد على الخصوص، فليس ماؤها بمملوك وليست هى بمملوكة، ولذا بقى ماؤها على أصل الإباحة، لقوله ﷺ : «المسلمون شركاء فى ثلاثة : فى الماء والكلأ[2]، والنار» والشركة فى الحديث شركة إباحة، فمن سبق إلى شىء منها واستولى عليه، وأحرزه دخل فى ملكه، ولهذا كله كان لكل إنسان فيه حق الشفة والشرب مطلقًا من غير قيد إلا قيدًا واحدًا وهو ألا يترتب على تصرف الإنسان ضرر

(١) الرحى هو ما نسميه الساقية فى عرفنا الحاضر.
(٢) الكلأ المباح هو الحشيش الذى ينبت بغير إنبات الإنسان.

بالعامة، لأن الضرر يجب أن يزول [1]. وقد جاء فى البدائع أن من أضر بنهر أو ما يتفرع منه من مياه عامة فلكل واحد من المسلمين منعه، لأنه لعامة المسلمين، وإباحة التصرف فى حقهم مشروطة بعدم الضرر.

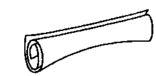
٣٠ ـ القسم الثانى : المياه التى تجرى جريًا متتابعًا فى ملك خاص : وذلك مثل النهيرات التى يكريها الناس فى مزارعهم لتوصل المياه إلى كل أجزائها، والماء فى هذه الحالة غير محرز؛ لأن صاحب الأرض لم يستول عليه ولم يقهره، لأنه يجرى متتابعًا، فلم يقع فى سلطانه، ولكنه يجرى فى أرض مملوكة؛ فكان له حق فيه ليس لغيره، ولذا كان حكم هذا الماء أنه يثبت فيه حق الشفة لكل إنسان، ولكن لايثبت حق الشرب إلا بإذن صاحبه.

أما ثبوت حق الشفة : (١) فلأن الماء ما زال باقيًا على أصل الإباحة لأن أحدًا لم يستول عليه، ولم يحرزه، فهو ليس بمملوك لأحد فصار لكل إنسان أن ينتفع به فى الشرب وقضاء حاجاته، وأن يسقى دوابه، وصاركظبى يسكن فى أرض إنسان، فلكل إنسان أن يصيده، ما دام صاحب الأرض لم يجعلها شركًا لصيده، (٢) ولأن رسول الله ﷺ نهى عن منع نبع البئر، (٣) ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة بعد ساعة، ومن خرج مهاجرًا ضاربًا فى الأرض لايمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى أهله، فيحتاج إلى أن يأخذ من ماء الآبار التى تكون فى طريقه لنفسه ودابته. وصاحب الأرض لاضرر يلحقه من أخذ قدر من الماء لشرب الشخص ودابته، بينما هذا لو منع يلحقه حرج شديد وضرر عظيم، فكان من المعقول أن يزال هذا الضرر العظيم بأمر لايضر الآخر، وإن مسه منه ضرر فهو يسير، والضرر اليسير يدفع به الضرر الخطير، وذلك أمر مقرر فى الشرع.

وأما عدم إباحة سقى الزرع فلأن فى إباحته إلحاق ضرر عظيم بصاحب الأرض؛ إذ فيه احتمال إبطال حق صاحبه الذى أجرى الماء فى ملكه الخاص، إذ بإباحة الشرب سيكون متساويًا مع كل من له أراض تسقى فيه، وبذلك لايكون له

---

(١) قامت لائحة الرى منظمة للانتفاع بماء النيل وترعه العامة تنظيمًا يمنع أن يترتب على تصرف المنتفعين ضرر بالكافة.



حق ممتاز مع أن الملكية للأرض التى يجرى فيها الماء أوجد لها امتيازًا بذلك الملك الذى قدمه، ولأن الشرب لا حد للماء الذى يؤخذ فيه، إذ ليست له نهاية معلومة، وقدر معلوم، ففى إباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع، ولاشك أن الضرر الكبير لصاحب حق يدفع به ضرر غيره ولو كان كبيرًا، لأنه لم تترتب له حقوق أثبتتها ملكية خاصة له، وعلى هذا لايثبت الشرب فى هذا النوع من المياه إلا بقدم غير معروف أوله، أو بإذن خاص من المالك.

٣١ ـ هذا ويلاحظ ثلاثة أمور : **أولها** : أنه يجب على من يسقى دوابه من ماء يجرى فى ملك خاص أن يحافظ على حافتى النهر والبئر، لأن الشرط فى استعمال الحقوق ألا يترتب على استعمالها ضرر، ولاشك أن تخريب جانبى النهر أو جوانب البئر فيه ضرر كبير بصاحب الملك، والضرر واجب الإزالة، ولذا إذا خيف تخريب النهر من كثرة الدواب كان لصاحبه أن يمنعها إذ الحق له بصفة خاصة، وإنما ثبت لغيره حق الشفة للضرورة، ولامعنى لإثباته على وجه يتضرر به صاحبه، لأنه بهذا تبطل منفعته، فيذهب بذلك ماله من حق خاص، ولايصح أن يضيع الحق الأصلى فى سبيل حق ثبت للضرورة دفعًا للأذى عن الناس وسدًا لحاجاتهم.

وثانيها : أنه إذا كان نبع الماء أو النهر المملوك ملكًا خاصًا يمكن الوصول إليه بطريق ليس مملوكًا ملكًا خاصًا فعلى المستقى منه لنفسه أو لدوابه أن يسلكه، وليس له أن يصل إليه من أرض صاحب البئر أو النهر، ولهذا أن يمنعه؛ لأن دخول أرضه إضرار به ولاضرورة تدفع إليه ، فلايصح له أن يجتازها، وإن لم يمكن الوصول إلى ماء الجدول أو البئر إلا بدخول الأرض، واضطروا إلى أن يشربوا من هذا الماء، لعدم وجود غيره يقال لصاحب الأرض إما أن تأذن لنا بالدخول، وإما أن تحمل إلينا الماء. فإن لم يفعل دخلوا وأخذوا من الماء ما يكفيهم، لأن الضرورة تدفعهم إلى هذا الصنيع، إذ هم فى حاجة إلى الماء، ولا ماء سوى ما فى هذا الجدول أو هذه البئر، ولاطريق إليه إلا أن يدخلوا أرضه، وهو متعنت فى منعهم، والضرورات تسد وتدفع مادام لاضرر منها على أحد، ولاضرر هنا على صاحب الأرض.

وثالثها : أنه إن منعهم صاحب البئر أو النهر من أن يشربوا من مائه أو يسقوا دوابهم وكانوا فى اضطرار إليه كان لهم أن يقاتلوه بالسلاح، (وإن كان الأولى أن يقاتلوه أولا بغير السلاح) ليأخذوا منه قدر ما يدفع الهلاك عنهم، وذلك لما روى من أن قومًا ما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا. وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا، فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع، فأبوا، فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح، ولأن الماء ما دام غيرمحرز، ومادام يجرى متتابعًا فهو على الإباحة الأصلية، ولكل إنسان حق أخذه والشرب منه، ومن يمنع أحدًا من أخذ ما له حق فى أخذه كان له أن يقاتله بالسلاح، كمن يمنع إنسانًا من ماله المملوك له ملكًا خاصًّا له أن يقاتله بالسلاح، حتى يصل إلى ماله.

وإذا كانت الشفة تأتى على كل ما فى النهر أو البئر من ماء فقد اختلف الفقهاء، فقال بعضهم ليس له المنع، لأنه غير مملوك له، فلايصح أن يمنع أحدًا منه ما دام يريد الرى لنفسه ولدوابه، ولما ورد فى ذلك من الآثار التى سقناها. وقال بعضهم وهم الأكثرون إن له أن يمنع، لأنه يلحقه ضرر بذلك، إذ يضيع حقه، لأنهم يأتون على كل الماء، وحقه أولى بالرعاية لأن الماء يجرى فى ملكه، وعلى ذلك تصير الشفة فى هذه الحال كالشرب، بل أولى بالمنع، لأن ضياع حقه فى هذه الحال محقق، وهو فى الشرب محتمل، وإذا كان مع الاحتمال منع الشرب فعند تحقق الضرر من الشفة تمنع أيضًا.

٣٢ ـ مما ذكرنا يستفاد أن الماء الذى ينبع فى ملك خاص لايقع فى ملك أحد ما دام يجرى جريًا متتابعًا، وذلك باتفاق عند الحنفية، وعند الحنابلة هو موضع خلاف فى الروايات. فرواية تبين أن الماء مملوك لصاحب النبع، لأن الماء وإن كان مباحًا فى الأصل قد صار فى حيازة شخص، فصار كالصيد يدخل مكانًا أعد له، ليكون شرك الاصطياد. والأكثرون على أنه غير مملوك. ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فقد اتفق الحنابلة كسائر الفقهاء على أن لكل إنسان أن يستقى من الماء الجارى لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه، وينتفع به فى أشباه ذلك مما

لايؤثر فيه بغير إذنه. وقد قال المغنى «لايحل لصاحبه المنع لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «ثلاثة لاينظر الله إليهم، ولايزكيهم، ولهم عذاب أليم : منهم رجل كان بفضل ماء الطريق، فمنعه ابن السبيل» وعن بهيسة عن أبيها أنه قال: يا نبى الله ما الشيء الذى لايحل منعه؟ قال : الماء. قال : يا بنى الله ما الشيء الذى لايحل منعه؟ قال : الملح. قال : يا نبى الله ما الشيء الذى لايحل منعه ؟ قال : «أن تفعل الخير خير لك». ولأن ذلك لايؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر. فأما ما يؤثر فيه كسقى الماشية الكثير ونحو ذلك، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذلك لذلك، وإن لم يفضل لم يلزمه»[1].

٣٣ ـ القسم الثالث : المياه المحرزة : وهذه المياه تدخل فى ملك صاحبها، لأن الماء وإن كان مباح الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكًا ملكًا خاصًا لمحرزه، وفقد بذلك ما كان له من صفة الشركة الطبيعية، وصار بذلك كالحطب المحرز والحشيش والصيد وغيرهما مما كان فى أصله مباحًا، ووقع فى الملك الخاص بالاستيلاء. ولأن العادة جرت فى الأمصار وكل الأعصار باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير نكير، فكان ذلك دليلا على ثبوت الملك التام فيه عند الناس جميعًا، وما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن.

غير أنه يلاحظ أمران : **(أحدهما)** أن الماء وإن صار ملكًا بالإحراز ماتزال فيه شبهة الشركة الطبيعية التى أثبتها الحديث الصحيح : «الناس شركاء فى ثلاثة الماء. إلخ» لأن تلك الشركة التى نص عليها الحديث، وإن أزالتها اليد التى ثبتت بالاستيلاء قد بقيت شبهتها، ولذا لو سرق أحد من آخر ماء تبلغ قيمته حد النصاب (كأن يكون الماء قد غلا ثمنه لقلته) لايجب حد السرقة، لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما وردت بذلك الآثار، ولاشك أن شبهة بقاء الشركة الطبيعية بالإباحة من هذا النوع الذى يدرأ به الحد.

(ثانيهما) أنه من يخاف على نفسه الهلاك، وليس معه ماء فسأل من معه الماء المحرز فمنعه كان له أن يقاتله بغير سلاح حتى يأخذ منه ما ينقع به غلته. وذلك

---

(١) وذلك هو رأى الأكثرين فى مذهب الحنفية كما علمت.

إذا كان صاحب الماء معــه منه مايفضل عن حاجته، أما إذا كــان ما معه لايزيد عن حاجته، فليس لهذا أن يقاتله؛ لأن القتال إنما هو لدفع الهلاك عن نفسه، ولايصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك آخر هو أولى بالماء منه؛ لأنه مالك له. وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك أن يقــاتل من غير سلاح عند وجود الزيادة فى الماء، ولم يبح له القتــال بالسلاح؛ لأن الماء فى هذه الحال مملوك فصار كــالطعام المملوك إذا اضطر شخص إليه، فلابد من مراعــاة حرمة الملك، وكان الأصل ألا يقاتله قط احتــرامًا للملكية، ولكن العطش والجــوع الشديدين دفعاه لأن يطلبــه، وأن يقاتل عليه حفظًا لنــفسه، فأبيحت المجــاهدة فى هذا حفظًا لنفسه، وإبقــاء عليها، وبقى حمل الســلاح على أصل تحريمه العام، فكان له أن يغــالب لينال القوت أو الماء، ولكن من غير سلاح.

٣٤ ـ مما سبق يســتبين أن حق الشــرب يكون فى نوعين من المياه أحــدهما الأنهر والترع العامة، والشرب يكون للشــخص فيه بلاقيد ولاشرط إلا إذا كان فى عمله ما يضر ضررًا عامًا، أو فيه احتمال ذلك، وثانيهما المياه التى تجرى فى مجار مملوكة ملكًا خاصًــا إذا كان لأرضه عليها حق شرب قــديم لم يعرف أوله، أو كان إذن خاص من صاحب النهر، ويلاحظ ما يأتى :

(١) إذا تعلق حق الشرب بالأنهار العظام والترع العامة فلصاحب الأرض أن يشق الجداول فى ملكه لسقى أرضــه إن كانت بعيدة عن الترعة العــامة، كما له أن ينشئ الرحا لــكن ذلك مشروط بألا يضــر بالعامة كــما بيّنا، كــأن يفيض الماء فى أرضه بكثرة، بحيث يمنع السفن الجارية من الجريان عليه، أو ينقطع عن الناس(١).

(٢) إذا كان حق الشرب مــتعلقًا بنهر مملوك ملكًا خــاصًا كان لكل من تعلق به حقه فى الشرب منه أن يتوزعوه بينهم بقسمة عادلة إما بالفتحات يفتحونها منه، وإما بالمناوبات الزمانية، وغــير ذلك مما يرونه أعدل وأمثل، وأصلح للزرع، وأبقى على الثمر.

---

(١) جاء فى البدائع : سئل أبو يوسف عن نهر مرو، وهو نهر عظيم. أحيا رجل أرضًا كانت مواتا، فحفر لها نهرًا فــوق مرو من موضع ليس يملكه أحــد، فساق الماء إليهــا من ذلك الغور، فقــال أبو يوسف : إن كان يدخل على أهل مرو ضرر فى مائهم فليس له ذلك، وإن كان لايضرهم فله ذلك، وليس لهم أن يمنعوه.



(٣) وليس لشخص أن يسقى أرضه إلى حد أن يسرى الماء إلى أرض غيره، فيضر زرعه، ويمنعه من حرثها وإصلاحها لبذر الحب فيها، وإذا نزت الأرض بمائها فى أرض جاره، فإن كان سقيه فوق المعتاد أو فى غير نوبته ضمن مايحصل من التلف فى أرض جاره؛ لأنه بذلك متعد، إذ ليس له أن يزيد عما له من حق السقى بالزيادة عن المعتاد أو بالسقى فى غير نوبته، ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له أن يقوم به ضمن ما يترتب عليه من إضرار بغيره، وأما إذا نزت الأرض بسقى معتاد لازيادة فيه، وكان السقى فى نوبته، فلايضمن؛ لأنه ليس بمتعد فى الإضرار بغيره، وشرط وجوب الضمان أن يكون متعديًا ولاتعدى هنا، وإن كان هو المتسبب؛ لأن التسبب وحده لايكفى فى الضمان مادام العمل مشروعًا سائغًا.ألا ترى أن من يحفر بئرًا فى أرضه لايضمن ما يعطب فيها، وإن كان السبب من جانبه؛ لأن حفر الإنسان بئرًا فى أرضه أمر مشروع. ولأننا لو ضمنا صاحب الأرض التى نزت بالسقى المعتاد فى النوبة لكان فى ذلك منع له من استعمال حقه فى السقى، لأنه إذا كان كلما سقى ضمن كان ذلك تحريمًا للسقى عليه، وبهذا نكون قد دفعنا الضرر عن الجار بضرر المالك ضررًا أشد، وهو صاحب الحق، ولايصح دفع الأضرار الخاصة بإضاعة الحقوق، وإلحاق أضرار أشد، لأن ذلك ظلم لايقره شرع.

٣٥ ـ ويتبع حق الشرب حق المجرى، لأن حق المجرى معناه أن يكون لعقار على آخر حق مرور الماء الصالح لسقى الزرع أو الشجر منه إذا كان مالك الثانى غير مالك الأول، وحق المجرى يثبت بالأمور التى ذكرناها أولا، فى الأحكام التى تعم كل حقوق الارتفاق.

ثم إن المجرى الذى فى أرض غيره (١) قد يكون ملك صاحب الأرض التى تسقى منه، وإن كان يخترق أرض غيره. (٢) وقد يكون ملك صاحب الأرض التى اخترقها، (٣) وقد يكون ملكًا مشتركًا لكل أصحاب الأرض التى تحيط بها، ولكل أحكام، قوامها دفع الأضرار الخاصة ما استطاع أصحاب الحقوق إلى ذلك سبيلا. ومراعاة العرف، وبقاء القديم على قدمه فيما لا إثبات فيه، واحترام ما

يتفق فيه أصحـاب هذه الحقوق، لأن الاتفاق شريعة المتعاقـدين فيما لامورد للنص فيه، وبشرط ألا يكون فى الاتفاق جهالة تفضى إلى التنازع.

وفى الحالة الأولى والثانية وهما إذا كان للإنسان مجرى يخترق أرض غيره، سواء أكان المجرى ملكه أم له فيـها حق الشرب فقط، وهو ملك لصاحب الأرض يكون لصاحب حق المجـرى حق السقى منه، وليس لصـاحب الأرض أن يمنعه، والمجرى يعتبـر فى يد صاحب الشرب منه ما دام يجرى فيـه ماؤه، وعلى صاحب الأرض إن أراد أن يمنعه، ويدعى المنع بحق له ـ أن يقـيم هو الدليل ، لأنه مدع، وصاحب الماء مدعى عليه. وإن لم يكن ثمة مـاء جار فى المجرى، فعلى صاحب الماء أن يقيم الدليل على أن له حق إجراء الماء إن كان لايدعى ملكية المجرى، وإنما كان عليـه هو أن يثبت إذا لم يكن فى المجـرى ماء يجرى إليـه لأنه فى هذه الحال لايعتـبر واضع اليد. بل يعـتبر صاحـب العين هو مالك الأرض، فـيعتبـر مدعى عليه، وصـاحب الشرب مـدعيًا، والإثبـات على المدعى، إذ اليد شـاهدة بالملك لصاحبها، مالم يقم دليل على نقيض ما تشهد.

وإذا احتاج المجرى إلى إصلاح، لتصل المياه كان الإصلاح على صاحب الماء لأن الغرم بالغنم، وهو الذى ينتفع بـالماء فعليه ضمان صلاحـية العين التى توصل المياه إليه، لأن الخراج بالضمان.

٣٦ ـ وإن كان المجـرى ملكًا مشـتركـًا لأصحاب الأراضى التـى تحيط به، فالقواعـد العامة التى تتفرع منهـا أحكام هذا النوع من المجارى، هى (١) أنه ليس لواحد من الشركـاء أن يتحكم فى ماء المجرى حتى يحجـزه عن غيره، (٢) وليس لواحد منهم أن يتصرف تـصرفًا يضر بحافة المجرى أو يعـمل به عملا من شأنه أن يحول طريقه أو يؤثر فيه نفسه، (٣) وإن ما يتـفقون عليه فى سبيل تنظيم السقى، وتوزيع النوبات والمياه محترم واجب التنفيذ.

وعلى هذه القواعد تتفرع الأحكام المتشـعبة الكبيرة لهذا النوع من المجارى، ومنها :



(أ) أنه لايجوز لأحد منهم أن يسكر [1] المجرى بأن يسد الماء حتى يسقى أرضه، لأن سد المجرى يمنع الماء عمن هو أسفل منه وهو لايجوز، ولأن سد المجرى إحداث شيء لم يكن في وسط المجرى ورقبته، وكل عمل كذلك ممنوع إلا برضا الشركاء إذ هم شركاء في الرقبة، والشركاء في عين من الأعيان لايعمل أحدهم فيها عملا إلا بإذن سائرهم.

ولكنهم إن تراضوا على أن يسكر كل واحد في نوبته، نفذ ما تراضوا عليه، وكذلك إن أجازوا لأحدهم أن يسكر في نوبته خاصة، إذا كانت أرضه بربوة بحيث لاتصل المياه إليها إلا إذا سكر المجرى لأن الحق لهم، وقد أجازوه،ولأن في ذلك دفع الضرر عنه، لأنه لايستطيع السقى إلا بذلك.

(ب) أنه لايجوز لأحد منهم أن يشق من المجرى مجرى صغيراً أو ينصب عليه رحًا[2]، أو يوسع فتحة المجرى وغير ذلك من الأعمال التى من شأنها أن تؤثر فى عين المجرى، أو تنقص مياهه بحيث تؤثر فى أنصبة سواه. ولو كانت الرحا فى أرضه، ولاتشتف ماء النهر، أو تنقصه بحيث تضر بغيره من الخلفاء، فليس لأحد منعه، لأنه يتصرف فى ملكه الخاص، وليس فى تصرفه ضرر بين يلحق بغيره، ومن يمنعه فى هذه الحال ـ ومع بقاء الماء يصل إليه بلا ضرر ـ متعنت قاصد الإضرار، فلايلتفت إلى اعتراضه، لأنه ليس له من الحق إلا دفع الضرر عن نفسه، أو منع الغير من التصرف فى ملكه ولاشيء من ذلك هنا.

(جـ) أن الشركاء إن اتفقوا على نوبات زمانية بحيث يكون لكل نوبته يسقى فيها وحده نفذ ذلك الاتفاق، وكان لكل منهم شربه المعلوم، وزمنه المحدود، وليس لأحد أن يسقى فى شرب غيره إلا بالرضا، وإن اختصموا، ولم يتفقوا على طريق للسقى، ولم يعرف مقدار ما يستحقه كل واحد من الشرب فى النهر. ولابينة لأحدهم على مقدار ما يستحق. حكمت الأراضى وقسمت المياه بالنوبات بينهم على حسب مقدار أراضيهم لاعلى حسب عدد رءوسهم، وذلك لأن المقصد

---

(١) يقال سكر النهر إذا سده حتى لايذهب الماء إلى من هو أسفل منه، والاسم منه السكر بكسر السين.

(٢) الرحا المراد بها الساقية.

سقى الأراضى، والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضى وكثرتها، والظاهر أن حق كل واحد منهم من الشـرب بمقدار أرضه، وبقـدر حاجتـه وهذا الظاهر يؤخذ به، وله احتـرامه عند التقـاضى، ما لم تقم الأدلة على نقيـضه، ولأن حق الملك لكل واحد من الشركاء ثمرته تظهر فى الاسـتيلاء على الماء للسقى والماء لايمكن إثبات اليد عليه حقـيقة؛ لأنه لايمكن أن يقع فى قبضة أحـد وهو ماء جار. وإنما يكون إثبات اليد عليـه فى هذه الحال بالانتفاع به بالسـقى وهذا الانتفاع يتفـاوت بتفاوت مقادير الأراضى، فتتفاوت اليد عليه تبعًا لذلك، وعلى ذلك يوزع الماء على حسب مقادير الأراضى ما لم يقم دليل يثبت غيره.

إصلاح الأنهر والمساقى :

٣٧ ـ إصلاح الأنهار العظام والترع العامة على بيت المال [١] لأن منافع هذه الترع، وتلك الأنـهر للكافة، ومـال بيت المال معـد لمصالحهم فكـان الإنفاق على إصلاح هذه الأنهر والترع منه.

وإذا كان بيت المال خاليًا من المال، كأن تكون الدولة فى ضائقة مالية وزادت نفقاتها على مواردها، والسيل قد طم، وجـسور النهر أو الترع تحتاج إلى التقوية، حتى لايهلك الزرع والنسل، ففى هذه الحال يكون لولى الأمر أن يجبر الناس على الإصلاح، لأن تركـها من غير إصـلاح ضرر عظيم، وولى الأمر قد نصب راعـيًا لمصالح المسلمين، ناظرًا لمنافـعهم، وبعيد أن يفعل الناس مـا عليهم طائعين، لأنه قلما ينفق العـوام على مصالحهم مـختارين، ولقد قال عـمر رضى الله عنه : «لو تركتم لبعتم أولادكم». فكان من المصلحة والسياسة الشرعية إجبارهم.

وطريقة الإجبار هى أن يجبر القادرين المطيـقين على العمل، ويجبر الأغنياء الموسرين على دفع أجور من يعمل، لأنه لاسخـرة فى الإسلام، ومثل ذلك تجهيز الجـيوش فى حـال الخطر الداهم، فـإنه يكون العـمل على من يطيـقـون الجهـاد بأنفسهم، والإنفـاق على مياسير الأمة، ويكون كل قد أسـهم فى الجهاد : هؤلاء بأموالهم، وأولئك بأنفسهم، ولكل فضل.

---

(١) يقوم مقام بيت المال الآن وزارة المالية.

٣٨ ـ وإذا كان النهـر مملوكًا لواحـد أو لجماعـة فإصلاحـه على كل من له شرب فيه؛ لأن منفـعته لهم على الخصوص، فمئـونة الإصلاح عليهم، لأن الغرم بالغنم، وقد غنموا منافـعه، فحق عليهم الغرم فى سبـيله، ومن أبى منهم أجبر، وإذا امتنع كل الشركاء فى شرب مجـرى مملوك لهم عن الإصلاح لايجبرهم أحد، لأنهم أصحاب الحق فيه، والضرر اللاحق بهـم بسبب من جانبهم، وهم أحرار ما دام الضرر لايتجاوزهم إلى غيرهم.

٣٩ ـ ولتوزيع تكاليف الإصلاح على الشركـاء فى شرب خاص طريقتان : إحداهمـا طريقة أبى حنيـفة رضى الله عنه، وهى أن يبـدأ فى الجزء الأعلى الذى يسقى منه أعلى الشـركاء أرضًا فيصلـح هذا الجزء، وتكون مئونة إصلاحـه عليهم جميعًا بنسبة ما لهم من مقادير الشرب (١)، فإذا أصلح هذا الجزء وانتقل الإصلاح إلى غيره، لم يكن على صاحب الأرض العليـا مئونة فى إصلاح ما دونه، وهكذا لايكون على صـاحب أرض من مئونة الإصـلاح إلا لما فوق أرضـه وما يقـابلها، وليس عليه من مئونة إصلاح ما هو أسفل من أرضه شىء. ووجهة نظر أبى حنيفة فى ذلك أن مئـونة الكرى هى مئـونة الانتفاع بسـقى الزرع والشجـر، والشخص لاينتفع من المجرى إلا بالجزء الذى يقـابل أرضه، وما هو أعلى منه، ولاينتفع من المجرى بما هو أسفل من أرضه وعلى ذلك لايكون عليـه من مئونة إصلاح الأسفل شىء مطلقًا.

والطريقة الثانيـة، طريقة الصاحبين، وهى أن توزع التكاليف عليهم جـميعا بنسبـة مقادير شـربهم، وهم فى ذلك سواء لاتميـيز لصاحب الأرض الـعليا على الأرض السفلى، لأن كل واحـد منهم ينتفع بالمجـرى كله أعلاه وأسفله، ومنفـعة صاحب العليـا بأسفل المجرى واضح بين، لأنه يحتـاج إلى إرسال الماء الزائد عن حاجـته، إذ لو اسـتمر واقـفًا، مع تدافع مورده، فـاض الماء إلى أرضه، وأفـسد زرعه، وهذا وجه خطيـر من أوجه انتفاع الأعلى بأسفـل المجرى، فكان عليه من إصلاحه قدر مـعلوم، ولذا يكون الجميع سواء، ولاتفرقـة إلا بمقادير الحصص فى

(١) سواء أكانت المقادير تبين بالنوبات أم بعدد الفتحات اللازمة لشربه أم بهما.

٤٠ ـ وليس على أهل الشفة شيء من الإصلاح، وذلك لأن المقصود الأول من حفر الأنهار وكريها، سقى الأراضى لينبت الزرع، وتثمر الأشجار،وحق الشفة يجىء بالتبع، لا بالقصد الأول، والإصلاح إنما يكون على من ينالون النفع المقصود، لا النفع التبعى. ولأن من لهم حق الشفة لايحصون عددًا ولاطريقة لعدهم، لأن كل من يمر بهذا الماء سواء أكان مسافرًا أم مقيمًا له أن يشرب ويسقى دابته، ويأخذ ما تلزمه به حاجته من الماء، ولا مئونة على من لايحصون لأن وجوبها إنما يكون على أشخاص معينين بالذات.

حق المسيل :

٤١ ـ حق المسيل، هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير، سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت أم ماء أمطار أم ماء غير صالح لرى الأراضى الزراعية، ومن المصلحة تسييله، وعلى ذلك يعتبر من حق المسيل (أ) حق مرور مياه الأمطار بإرسالها من ميازيبها فى الطريق العام أو الخاص أو بمرورها فى ملك الجار إن كانت لاتصل إلى الطريق أو المسيل العام إلا بمسيل فى ملك الجار[١]، ويثبت ذلك الحق بالقدم أو بإذن المالك. (ب) ويعتبر من حق المسيل حق مرور المياه المشتملة على فضلات البيوت فى المجارى العامة، لأن ذلك من تسييل الماء غير الصالح. (جـ) كما يعتبر من حق المسيل حق تصريف المياه التى لاتستفيد منها الأراضى لتحل محلها مياه صالحة.

وإذا ثبت حق المسيل لعقار على عقار آخر استمر ثابتًا حتى يسقطه صاحب العقار المرتفق، وإذا سقط لايعود كسائر حقوق الارتفاق لما هو مقرر من القواعد الفقهية،وهو أن الساقط لايعود، ولايسقط حق المسيل بتغير صفة العقار من بستان إلى دار[٢]، أو من خربة إلى عامرة. وإذا حصل خلل فى المسيل الخاص، فإصلاحه على من لهم حق المسيل فيه، لأنهم المنتفعون فعليهم الإصلاح، وإذا

---

(١) كان يحصل فى المدن القديمة أن يسيل شخص ماء المطر النازل على داره من سطح جاره ويكون له على سطح داره حق المسيل، ولعل ذلك لايزال فى المدن الإسلامية التى تكثر فيها الأمطار والثلوج.

(٢) جاء فى جواهر الفتاوى : «رجل له ميزاب فى بستان فباع صاحب البستان بستانه، فجعل المشترى البستان دارًا ليس له أن يعطل حق المسيل، لأن حقه لايبطل بجعل البستان دارًا».

كان إصلاح المسيل لايكون إلا بالدخول فى أرض من يجرى المسيل فى أرضه أو فى داره كان له أن يدخل الأرض للإصلاح فإن منعه صاحبه من الدخول كان له أن يلزمه عن طريق القضاء بأحد أمرين : إما أن يقوم بإصلاح المسيل، وإما أن يمكنه من إصلاحه.

وإذا أهمل صاحب حق المسيل المسيل، وصار مصدر أذى وضرر لغيره، ألزمه القضاء بإصلاحه، ليدفع الضرر، ويميط الأذى.

٤٢ ـ حق المرور : وهو أن يكون للشخص الحق فى الوصول إلى عقاره وحده أو معه دوابه، وقد يكون الطريق الموصل للعقار مملوكًا له، وقد يكون غير مملوك له، ويكون له حق المرور فيه.

وحق المرور من الطريق العام ثابت لكل إنسان، ومقرر لكل عقار متصل به بإطلاق، ولكل أن يمر من هذا الطريق بلاقيد ولاشرط، ولكل صاحب عقار متصل به أن يفتح بابًا لعقاره فيه من غير قيد ولاشرط أيضًا، وذلك لأن الطريق قد خصص لمنفعة الكافة، فليس لأحد حق فيه أكثر من الآخرين، وليس لأحد فيه حق على جهة الخصوص، وإذا كان كذلك فلايمنع من الارتفاق به أحد مادام يرتفق فى الدائرة التى خصص لها الطريق.

ولأن الطريق العام قد رصد لارتفاق العموم لم يصح لأحد أن يحدث فيه دكانًا أو ظلة أو جرصنًا [1] إذا ترتب على ذلك ضرر بالعامة. ولذا قال شمس الأئمة «إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق، فليس له أن يحدث ذلك، فإن كان لايضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه مالم يمنع منه، لأن الانتفاع فى الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز، فكذلك كل ما هو مثله فيلحق به الضرر إذا احتاج إليه، وإذا أضر بالمارة لايحل له لقوله ﷺ : «لاضرر ولاضرار فى الإسلام» وهذا نظير من عليه الدين، فإنه لايسعه التأخير إذا طالبه صاحبه، ولو لم يطالبه جاز له تأخيره، وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد، وإن أضر لم يجز»[2].

---

(١) الجراصن كلمة معربة يقصد بها الخارجة التى تبنى على جزء من هواء الطريق أو هو الطنف (البلكون).
(٢) راجع الزيلعى فى باب ما يحدثه الرجل فى الطريق.

ومن هذا النص يفهم أن الرجل له أن يحدث فى الطريق ما لم يضر بالمرور فيه وما لم يمنع منه، فإذا منع منه لم يسغ له ذلك، وضرب لنا مثلا بالمدين إذا لم يطالب. ولكن من الذى له أن يمنعه ويعترض على تصرفه، ويخاصمه فيه ؟ قال أبو حنيفة: لكل أحد من الناس أن يمنعه من الوضع، وأن يكلفه رفع ما وضعه إن كان قد وضع شيئًا، سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام، لأنه يكون فى هذه الحال قد افتات على الإمام، واعتدى على ولى الأمر، لأن تدبير الأمور التى تتعلق بالكافة وإجازة غير الضار، ومنع الضار لولى الأمر وحده، فمن فعل من غير إذنه فى الطريق شيئًا فقد افتات عليه، ومن افتات على ولى الأمر كان لكل واحد منعه.

وقال أبو يوسف رضى الله عنه : لكل واحد من الناس أن يمنعه من الوضع قبله، فإذا وضع ما ليس فيه ضرر بأحد ليس لكل واحد منعه، ولو وضع بغير إذن الإمام، وذلك لأن الوضع جعل له يدًا خاصة على ما وضع عليه، فالذى يمنعه ويخاصمه من الناس متعنت مادام لايدفع أذى ناله أو نال غيره. والمتعنت لايلتفت إليه. وأما قبل الوضع فإن مريد إحداث شىء فى الطريق من ظلة ونحوها إنما يريد وضع يده الخاصة على ما هو تحت يد الناس كافة، فكان لكل واحد منعه من هذا الوضع قبل أن تكون له يد خاصة.

وقال محمد : ليس لكل واحد منعه لاقبل الوضع ولابعده، أذن الإمام له أو لم يأذن، لأن العمل ما دام لاضرر فيه لأحد فهو مأذون فيه شرعًا، سواء أذن الإمام أم لم يأذن، وما دام الفعل مأذونًا فيه شرعًا، فليس لأحد منعه؛ لأنه إذا كان المنع غير سائغ عند إذن ولى الأمر، فبالأولى يكون غير سائغ عند إذن الشارع، لأن إذن الشارع أحرى وولايته أقوى.

ورأى أبى حنيفة فى نظرى هو أوجه هذه الآراء دليلا، وأسدها نظرًا، لأنه لامقياس يعين الضرر وعدم الضرر إلا إذن الإمام، فيجب أن يمنع الشخص مادام الإمام لم يأذن، ويتولى المنع جمهور المسلمين وأهل الحسبة، ليكون ثمة تعاون على تنظيم الأمور، وما قاله محمد رضى الله عنه قائم على أساس أنه لاضرر،

فهو مأذون فيه شرعًا. وذلك كلام فيه نظر (١) لأنه لا يعلم أن فيه ضررًا أو لا إلا بتقدير ولى الأمر لأن مقياس الضرر أو نفيه تقدير الإمام، وليس هوى المرتفق، (٢) ولأن إذن الشارع فى الانتفاع إنما هو بالمرور فقط برصد ولى الأمر هذا العقار للطريق العام، فاستعماله لغير المرور استعمال فى غير ما خصص له، ويحتاج الانتفاع بغيره إلى إذن جديد من ولى الأمر ليسوغ هذا الاستعمال، ولايعتبر الشارع قد أذن، حتى يأذن الإمام.

وكذلك رأى أبى يوسف يقوم على أساس فيه نظر أيضًا؛ لأن اليد الخاصة التى أثبتها الوضع ليست يدًا محترمة بل هى يد باطلة، لأن الشخص ارتفق بشىء فى غير ما خصص له ما دام الإمام لم يأذن، واليد الباطلة لذوى الشأن إزالتها، وكل الناس فى هذا ذوو شأن [١].

٤٣ ـ أما الطريق الخاص، وهو ما كان بين جماعة مخصوصين فالارتفاق به خاص بأهله، فلهم وحدهم حق فتح الأبواب فيه، وليس لأحد سواهم أن يفتح باب عقاره فيه، إذا كان باب عقاره فى طريق آخر، إلا بإذن منهم، أو وجود قدم لايعرف الجيران أوله، ولو كان قد أغلق بابه على هذا الطريق، لايسقطه حقه، بل له ولمن يملك العقار من بعده أن يعيد فتح ذلك الباب الذى كان قد أقفله صاحبه [٢].

ومع أن فتح الأبواب على الطريق الخاص لايكون إلا بإذن أهله أو وجود قدم ـ قد قرروا أن للعامة أن يمروا منه، ويسيروا فيه إذا ازدحم الطريق العام، فبهذا كان للكافة ارتفاق بهذا المعنى، وفى هذه الحدود.

ولايصح لأحد أن يحدث شيئًا فى الطريق الخاص بنحو ظلة أو جرصن أو غير ذلك إلا بإذن المرتفقين به الارتفاق الخاص، لأنه كالملك المشترك بينهم، فليس

---

(١) والمعمول به الآن أن أى ارتفاق فى الطريق العام، بغير المرور يحتاج إلى ترخيص خاص من أولى الأمر، فكأنه يسير بمقتضى مذهب أبى حنيفة.

(٢) راجع المادة ١٢٢٢ من المجلة ونصها : «إذا سد أحد بابه الذى هو إلى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده إياه، فيجوز له ولمن اشترى منه أن يفتحه ثانيًا» وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى العمادية فى باب الحيطان.



لأحدهم أن يحدث فيه شيئًا إلا بإذنهم جميعًا، ولذلك يعتبرون شركاء فى الحقوق، وبهذا الاعتبار تجب الشفعة بينهم، والتصرف فى الملك المشترك لايجوز إلا باتفاق الشركاء، ما دام ذلك التصرف على غير الارتفاق الخاص الذى أوجدته هذه الشركة.

ولكن ليس لأهل طريق خاص أن يتفقوا فيما بينهم على سده وإزالته لأن للكافة حقًّا فيه، وهو حق مرورهم عندما تزدحم الطرق، وتضيق بالسير فيها لأمر عارض أو بشكل دائم ولهذا الحق احترامه، ووجوب مراعاته، وفى إزالة الطريق الخاص باتفاق أهله إهدار له، وذلك لايجوز، ولذا جاء فى جامع الفصولين ما نصه : «ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم دربًا، ويسدوا رأس السكة؛ لأن مثل هذه، ولو كانت ملكًا ظاهرًا لأصحابها، لكن للعامة فيها نوع حق وهو أنه إذا ازدحم الناس فى الطريق لهم أن يدخلوها، حتى يخف الزحام، وقال أبو حنيفة فى سكة لاتنفذ : ليس لأصحابها بيعها، ولو اتفقوا عليه، ولا أن يقسموها فيما بينهم؛ إذ الطريق الأعظم إذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام».

التصرف فى حقوق الارتفاق

٤٤ ـ اتفقت كلمة فقهاء الحنفية على أن حقوق الارتفاق تورث تابعة للعقار، لأن الورثة خلفاء الميت فى كل ما يملك من مال وما يتصل بهذا المال من حقوق، فتسرى إليهم الحقوق بهذه الخلافة كما سرت إليهم ملكية الأعيان. وفى عبارات كتب الحنفية ما يفيد أن هذه الحقوق منفردة تنتقل بالميراث إلى الورثة، كما انتقلت تابعة للعقار، فقد جاء فى باب الشرب فى الكنز وشرحه : «ويورث الشرب، ويوصى بالانتفاع بعينه، ولايباع ولايوهب» والفرق أن الورثة خلفاء الميت، فيقومون مقامه فى حقوق الميت وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لايجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر، وهذا التعليل

بالنسبة للميراث ينطبق تمام الانطباق على سائر حقوق الارتفاق، وقد جاء فى البدائع «وتوريثه (الشرب)؛ لأن الإرث لايقف على الملك لامحالة. بل يثبت فى حق الملك، كما يثبت فى الملك كخيار العيب ونحوه». وهذا أيضًا يسرى فى سائر حقوق الارتفاق كما سرى فى البيع، وترى مثل هذه النصوص فى الكتب الفقهية التى تعنى بالتعليل، ورد المسائل إلى أصولها، والأحكام إلى أسبابها، كالهداية وغيرها من أمهات كتب المذهب، ومنها يستفاد أنها تورث تابعة للعقار ومنفردة، ولم أعثر على نص يمنع سريان تلك العلة، وما تقتضيه من مساواة كل حقوق الارتفاق بالنسبة للميراث.

ويصح أن يوصى بمنافع الشرب المملوكة رقبته للموصى، ويكون ذلك من باب الوصية بالمنافع، وهى سائغة فى المذهب الحنفى، وخالف فى ذلك ابن أبى ليلى على نحو ما علمت، ولأنه وصية بالانتفاع صار كالوصية بالسكنى، وكان لابد من تعيين الموصى له، فإذا مات الموصى ملك الموصى له منفعة الشرب، ولكن مدة حياته فقط لأنه ملك منفعة فى هذه الحالة، وملك المنفعة لايكون إلا فى حياة المنتفع، ولذا جاء فى البدائع ما نصه : «ويوصى به (أى الشرب) حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية، وتعتبر من الثلث، لأن الوصية، وإن كانت تمليكًا، لكنها تمليك بعد الموت، ألا ترى أن الموصى له لايملك الموصى به فى الحال، وإنما يملك بعد الموت، فأشبه الميراث؛فإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية، حتى لاتصيرميراثًا لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالى، وشبه الخدمة. ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولاتصير ميراثًا فكذلك الوصية بالشرب، ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح، لأنه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق، استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت بالوصية» ومن هذا يفهم أن الوصية بمنافع الشرب المملوكة رقبته جازت لأنها وصية بالمنافع، إذ يقول: هو شبه الخدمة، وفيه كل خواص الوصية بالمنافع، بدليل أن ملك المنفعة بالشرب ينتهى بوفاة الموصى له. ولذلك لايعد فى نظرى ما يملكه

الموصى له من الانتفاع بحق الشرب بهذه الوصيــة من قبيل الارتفاق، بل من قبيل الانتفاع الشخصى، لأن ما يملكه ليس حقًّا مقررًا لعقاره على العقار الآخر بحيث ينتقل مع العــقار إذا باعه أو وهبــه أو نحو ذلك، بل هو حق شخــصى له، ينتهى بموته ولاينتقل إلى غيره، ولهذا لانستطيع أن نقول إنه بسبب تلك الوصية يكون له حق ارتفاق على شرب الموصى، بل له حق انتفاع فيه.

٤٥ ـ وقد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب، والطريق، والمسيل لأن رقبة الشــرب والطريق عقار معين محــدود معروف المقدار، لاجهالة فــيه ولاغرر، فجاز بيعه صحــيحًا مستوفيًا الأركان والشروط، وأما المســيل فلايجوز بيع رقبته إذا كان مــقدار ما يسيل فــيه الماء غير مــعين للجهــالة وللـغرر. وأما إذا عين مــقداره وعرفت حــدوده فيجــوز بيعه فى هذه الحــال، لأنه مبــيع معلوم المقدار، مــحدود بالجهات، فلا مــانع من بيعه، ومثل البيع فى هذا كله العقــود التى من شأنها نقل الملكية، كالهبــة والوصية، لأن التصرفات الواردة على الرقبــة لاتعدو التصرف فى عقار مملوك ملكًا خاصًّا، محدود معلوم المقدار.

وأما بيع حق الــشرب والطريق والمسيل منــفردًا، فتــختلف فيــه بعض تلك الحقوق عن بعضها الآخر، فــالمسيل باتفاق الروايات فى مذهب أبى حنيفة لايصح بيعه منفردًا عن العقار، لأن الأصل فى الحقوق أنها لاترد عليها التصرفات الشرعية منفردة، ولأن بيــعها مع ما فيــها من جهالة لمقــدار الارتفاق عقد على مــجهول، فلايصح، بل إن العقد عليها عقد على ما هو معدوم فى الحال، والمعدوم لايصلح محــلا للعقود إلا علــى مخالفــة للقياس، ومــخالفة القــياس تكون بنص مــسوغ للمخالفة، أو عرف دافع إلى استــحسان ترك القياس؛ ولا نص ولا عرف فى هذا المقام بــترك القيــاس لأجــله فى المسيل فــبقى على الأصل وهو عــدم جواز بيــعه منفردًا.

وأما بيع حق الــشرب منفردًا، فــقد اخــتلفت الروايات فيه فــى مذهب أبى حنيفة ففى ظاهر الرواية أنه لايصح للأسبــاب التى ذكرنا فى عدم صحة بيع المسيل منفردًا إذ هــى قائمة هنا فى حق الــشرب، وذلك كلام مــعقول، لأن حــق المسيل

والشرب كلاهمـا ليس مالا متقومًا فى نظر الحنفـية على ما بينا فى حقيقـة التقوم وعدمه عندهم، فاتساق منطق المذهب كان يقضى بتساويهما، والرواية الثانية تقول إن بيع الشرب منفـردًا يصح. وبهذه الرواية أخذ أهل بلخ، وذلك لأنهم تعـارفوه واستساغوا بيعه، ولاشك أن العرف يجيز مخالفة القياس والقواعد الفقهية، لأن ما رآه المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسن، ولأنه مقدار من الماء منتفع به ولو أنه غير معلوم، فـجاز ورود العقد عليـه، وهو بهذا يفتـرق عن حق المسيل والمرور، ولذا جاز ضـمانه عند بـعض الفقهـاء وفى بعض الروايات. فـفى رواية فخـر الإسلام البزدوى، أن حق الشـرب يضمن بأن يضمن أن يسقى الشـخص فى نوبته ودوره، وأهل الرأى الأول يردون كل هذا، فـينكرون أن يكون تعامل أهل مـدينة مسـوغًا لمخالفة القياس إنما العرف المسوغ لمخالفة القياس هو عرف جميع الناس أو المسلمين حتى يكون قـريبًا من الإجـماع كالحـال فى الاستصناع والسـلم والإجارة فى نظر الحنفية . وكـون الشرب يضمن عند بعض العلماء لايكون حـجة ملزمة لمن لايرى رأيهم إنما الإلزام بالالتزام، والالتزام بالرأى بقـبول نتائجه ممن يراه، لا ممن لايراه، فيلزم بنتيجة الضمان، وهو جواز البـيع منفردًا من رأى الضمان، فلايكون الضمان حجـة على من لايراه، وهم أكثر الفقـهاء. وأما الحكم بأنه مـقدار من الماء فكلام غير منتج وغير مسوغ للبيع، لأنه أولا غير معلوم، والبيع لايرد على غير معلوم، وثانيًا ليس بمملوك لصـاحب الشرب، لأن الماء الذى يجرى جريًا مـتتابعًا لايعـتبر مملوكًا لأحـد على ما قـررنا، وبيع ما لا يملك لايصح. ألا ترى أنه مـباح بدليل تعلق حق الشـفة به بلا إذن مـالك المجرى، والمبـاح لايكون محـلا للعقـود قبل إحرازه، ولذلك كله كان الراجح عند فقهاء الحنفية عدم صحة البيع منفردًا، ولكن لو تعارف الناس جميعًا جواز البيع منفردًا لساغ، ولكان قولا راجحًا.

وأما بيـع الطريق منفردًا فـفيه روايـتان أيضًا : روايـة الزيادات بجواز بيعـه ورواية ظاهر الرواية بالمنع، وهـو الراجح لما ذكرنا من الأسـبـاب السابقـة فى حق المسيل، ووجـهة الرواية المجيزة أن حق المرور مـعلوم لتعلقه بمحل معلـوم محدود فجـاز بيعـه، ولكن ذلك لايدفع أنه ليس بمال مـتقـوم فى نظر الحنفـية، والعـقد

لايجوز فى غير المتقوم، لأنه لايصلح محلا للعقود على ما أسلفنا. وإننا نقول فيه ما قلناه فى الشرب إنه إن وجد عرف الناس لسوغنا البيع، ولرجحنا الرواية الأولى.

وكل ما ذكرنا من أحكام بيع هذه الحقوق منفردة يسرى على كل عقود التمليكات كما أشرنا، سواء أكانت تمليكات للأعيان أم للمنافع، فهبة حقوق الارتفاق منفردة لاتجوز كما أن بيعها منفردة لايجوز فى الجملة.

٤٦ ـ وما ذكرناه كله إنما هو فى بيع حقوق الارتفاق منفردة أما بيعها تابعة للعقار المرتفق بها فجائز باتفاق، وكذلك كل تصرف فى العقار يصح أن تدخل فى ضمنه حقوق الارتفاق بالتبعية، وذلك لأنه يثبت للشىء تبعًا ما لايثبت له مقصودًا، كجذع فى سقف لايصح بيعه منفردًا عن السقف ما دام فيه، ولكن يباع فى ضمن البيت الذى هو فيه، وكأطراف الحيوان لاينعقد عليها بيع وهو حى، ولكن يثبت عليها البيع وهى أجزاء فيه، وكالحمل لايصح العقد عليه منفردًا وهو فى بطن أمه، ولكن يدخل فى ضمن عقود التمليكات ويزيد فى قيمة أمه. ونظير ذلك فى الفقه الإسلامى كثير، قد تجاوز الحساب والإحصاء.

ولكن العقود تختلف من حيث وجوب النص على ذكر الحقوق لتدخل تابعة للعقار، فبعضها تدخل فيه هذه الحقوق من غير نص عليها، وبعضها لاتدخل فيه إلا بنص عليها، فأما الأولى فهى العقود التى يكون من مقتضاها تمليك المنفعة تمليكًا مقصودًا بالذات كالإجارة والوقف والوصية بالمنافع، وأما الثانية فالعقود التى مقتضاها تمليك العين تمليكًا مقصودًا، مثل البيع، والهبة، والصدقة، والوصية بتمليك الأعيان، وجعل العقار بدل خلع، أو بدل صلح أو نحو ذلك. وإنما كان لابد من ذكر هذه الحقوق والمرافق، لأن هذه العقود المقصود بها قصدًا أوليًا تمليك الرقبة، وتمليك الرقبة فى ذاته لايحتاج إلى هذه الحقوق، وليست هى تابعة له، لأنها مرافق الانتفاع، لذلك كانت لاتدخل فى البيع من غير نص عليها، وقد قال الزيلعى فى هذا المقام فى شرحه للكنز «إن الأشياء (أى حقوق الارتفاق) تابعة من وجه من حيث إنها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها، وأصل من وجه من حيث

إنها يتصور وجودها دون المبيع، فلا دخل فى البيع إلا بذكر الحقوق والمرافق، وهذا لأنه قد يشترى للبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به، وقد يشترى الطريق بعدما اشترى المبيع».

وأما العقود التى يكون الانتفاع فيها هو الغرض المقصود فحقوق الارتفاق فيها تابعة للعقار وممحضة فيها للتبعية له، لأن الانتفاع لايكون إلا بحقوق الارتفاق فكأنها قد دل عليها بطريق التضمن والاقتضاء، وكأن العقد مشتمل عليها من غير نص يشملها، ولذا لو نص فى عقد الإجارة على استثناء حقوق الارتفاق بطل العقد، لأن المنفعة ـ وهى المعقود عليها فيه ـ تكون غير متحققة وغير ثابتة، ويكون قد عقد على أمر غير قابل للوجود، فلايصح.

حقوق الجوار

٤٧ ـ اعتبر القانون المدنى حقوق الجوار من ضمن حقوق الارتفاق، فاعتبر فتح المطلات، وحق العلو والسفل، وإيجاد فضاء بين الأبنية، وأحكام الجدار المشترك بين جارين، اعتبر كل هذا من أحكام الارتفاق. ولكن الفقه الإسلامى يفرق بين هذين النوعين من الحقوق، لأن لكل منهما أساسًا يقوم عليه يختلف عن الآخر. فقوام حقوق الارتفاق كونها تكليفًا على العقار لمصلحة العقار المرتفق، فهى حق عينى ثابت على العقار، وهو من نوع الشركة فى العين التى تعلق بها الارتفاق، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجرى فى عقار آخر كان بين صاحبى العقارين شركة فى حق الشرب،وكذا إذا كان لعقارات حق المرور من طريق كانت بين الملاك شركة فى حق المرور، ولو كان بعضهم مالكًا لرقبة الطريق، والآخرون لعقاراتهم حق الارتفاق به، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة، ويكون مناطها تلك الشركة.

أما حقوق الجوار، فتقوم على منع الضرر بالجار ضررًا بينًا فاحشًا فى سبيل انتفاع الشخص بملكه، فهى فى الواقع تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيد ألا يضر

بالجار، وبعبـارة موجزة أن الفرق بين حق الارتفـاق وحق الجوار أن حق الارتفاق حق إيجابى مـتعلق بالعـقار، أما حق الجـوار فحق سلبى ليس إلا منعًـا للضرر، وإماطة للأذى، ولهذا الاعـتبار تثبت الشفـعة ولذا يتأخر الحق فيهـا عن أصحاب حقوق الارتفاق.

٤٨ ـ وحـقوق الجـوار إمـا أن يكون منشـؤها الجـوار بين صـاحب العلو وصاحب السفل، وإمـا أن يكون منشؤها الجوار المطلق. فإذا كـان منشؤها ما بين صاحب العلو والسفل كـانت أقوى وأشد، ولذلك أجمع الفـقهاء على أنه لايصح لأى واحد منهمـا أن يتصرف فى ملكه تصرفًا يضـر بالآخر، لأن ملكه لم يخلص له إذا تعلق به حق غـيره، فإن حـق صاحب العلو متـعلق بالسفـل وحق صاحب السفل متعلق بالعلو، فملك كليـهمـا ليـس خالصًا، وإذا كان الملك ليس خالصًا من حقوق مـتعلقة به، فإنه يجب مراعـاتها عند كل تصرف يتصـرفه الشخص فى ملكه.

وقد قسم الفقهاء التصرفات إلى ثلاثة أقسام :

القسـم الأول : تصرفـات تضر أحد الجـارين بلاريب كأن يهـدم صاحب السفل سفله، وكأن يفتح بابًا فيه. وهذا النوع من الأعمال ممنوع باتفاق. لما فيه من الضرر المؤكد، والإهدار لحق مقـرر لصاحبه برضا هذا المتصـرف، فهو نقض لأمر تم من جهته، ومن حاول أن ينقض أمرًا تم من جهته، فمحاولته مردودة عليه.

القسم الثانى : تصرفات لاتضر واحدًا منهما بيقين كدق مسمار أو إصلاح أحـدهما ملكه بنحـو طلاء الجـدران وغيـر ذلك مما لايضـر بالآخر يقـينًا، وهذا التصـرف سائغ غـير ممنوع باتفـاق الفقـهاء، لأن احـترام حق الآخر يكـون بعدم الإضرار، ولا إضرار هنا بيقين، فلا يمنع.

القسم الثالث : تصرفات تحـتمل الضرر وعدم الضـرر، إذ أشكل أمرها، فلايدرى عند القيام بها أسيعقبها ضرر أم لا، ومثال ذلك أن ينقب صاحب السفل كوة فى سفله، أو يبنى صاحب العلو غرفة، أو يضع جذوعًا فوق البناء. وفى هذا النوع من الأعمال خلاف. فـأبو حنيفة يرى فيه المنع، والصاحبـان يريان فيه عدم

المنع، والخلاف فى هذه المسألة قائم على خلاف بينهما فى الأصل فى تصرفات صاحب العلو وصاحب السفل. فأبو حنيفة يرى أن الأصل فى هذه التصرفات المنع إلا ما قام الدليل على أنه لايضر فيسوغ، ويرى الصاحبان أن الأصل الإباحة إلا ما قام الدليل أنه يضر فيمنع، وقد استدل كل منهما لأصله فاستدل الصاحبان لأصلهما بأن كليهما يتصرف فى ملكه، والأصل فى التصرفات فى الملك الإباحة لا المنع، وكون حق أحدهما قد تعلق بملك الآخر لايهدم أصل الإباحة، بل يقيده بعدم الضرر، وعلى ذلك تكون إباحة التصرف التى اقتضاها الامتلاك ثابتة لم يزلها تعلق حق الآخر بها، والمنع يكون عند الضرر، فإن وجد منعت التصرفات التى توجده، وإن لم يوجد رجعنا إلى الأصل الثابت بالملكية، وهو الإباحة، وفى حال احتمال الضرر وعدمه لم يثبت الضرر، فبقيت الإباحة قائمة عاملة، لعدم وجود شرط المنع بها، ومن جهة ثانية لايصح أن تجعل تعلق حق الآخر مانعًا من التصرفات لذاته، بل يجب أن تجعله مانعًا من التصرفات لما يكون منها من الضرر بدليل إباحة ما لاضرر فيه باتفاق، وإذا كان أثر حق الآخر مانعًا فقط ما فيه الضرر، فما لم يقم دليل على ضرره لامنع فيه، فلا يمنع ما احتمل الضرر وغيره.

واستدل أبو حنيفة لما قرره وهو أن الأصل المنع : (١) بأن تعلق حق الغير بعين من الأعيان يقيد تصرفات المالك فيها بقيد وهو رضا صاحب الحق. ألا ترى أن المستأجر لأن له حقًا فى العين المستأجرة يكون بيعها موقوفًا على رضاه، وكذلك حق المرتهن يقف البيع وكل التصرفات الشرعية التى تشبهه على رضاه، وذلك لأن الحق المتعلق بعين من الأعيان محترم فيمنع إطلاق التصرف فى العين، وبذلك يكون الأصل فى العين المتعلق بها حق للغير المنع من التصرفات، وإطلاق اليد يكون بسبب جديد، وهو رضا [١] صاحب الحق.

---

(١) مقتضى هذا الدليل، والدليل الآتى أنه لايصح لصاحب السفل أو العلو أن يعمل أى عمل إلا برضا صاحبه والاتفاق بينهما عليه، وبهذا روى بعضهم عن أبى حنيفة فقد روى عنه أن صاحب العلو لايملك التصرف وإن لم يضر بصاحب السفل (راجع فتح القدير). وعلى الرواية المشهورة يصح اعتبار عدم الضرر عارضًا يبيح إطلاق اليد، وهنا يوجد نقد شكلى، لأن عدم الضرر لايعتبر عارضًا لأنه أمر سلبى لايعرض، وإنما العارض الطارئ يكون أمرًا إيجابيًا.

(٢) واستدل أيضًا أبو حنيفة بأن من له حق فى عين فله نوع ملك فيها، ومن يتصرف فيها فهو يتصرف فى ملك غيره، ولايصح التصرف فى ملك الغير إلا بإذنه ورضاه، ولذلك نظائر فى الشريعة. فإذا كان لإنسان حق مسيل فى أرض آخر، ولايملك رقبته، فليس لصاحب الرقبة أن يغيره من قناة إلى أنبوبة إلا بإذن صاحب الحق المتعلق بعينه، ولاينقله من مكان إلى مكان آخر. كذلك إذا كان حق المرور فى طريق لايمتلك رقبته، فليس لمالك الرقبة أن ينقل الطريق من جهة إلى جهة، وإن كان لايتضرر صاحب الحق المتعلق بالعين، ولايمسه من ذلك أى أذى، بل لو كان التغيير إلى أنفع له، ولابد لجواز هذا العمل من رضا صاحب الحق وموافقته.

وإذا كانت النظائر والأشباه كذلك، فيما بين صاحب السفل والعلو من حق لأحدهما فيما يملك الآخر ـ كان لكل منهما ملك فيما يملك الثانى، فيمنع من الأعمال إلا بإذن الآخر ورضاه، وعلى ذلك يكون الأصل المنع، وإطلاق اليد فى بعض الأعمال هو لعارض عدم الضرر بيقين.

٤٩ ـ وإذا هدم صاحب السفل بناءه يجبر على إعادته لتعديه على غيره بهدمه بناءه الذى تعلق به حقه [١]، لأن قرار العلو على السفل حق لصاحب العلو، وبهدم صاحب السفل بناءه قد أزال ما يكون عليه القرار، فيتعذر وجوده، فيكون بهذا متعديًا، والمتعدى يجبره القاضى على ما يزيل أثر تعديه، وإذا جاء صاحب العلو وأقام القواعد للسفل وبناه من غير إذن صاحبه، ومن غير أن يلجأ إلى القاضى ليجبر صاحبه على البناء، يعبر متبرعًا، فلايرجع على صاحب السفل بشىء من نفقات البناء، ولابقيمته؛ لأنه غير مضطر إلى البناء، إذ فى استطاعته إجباره عليه بطريق القضاء، فعدوله عن إجباره دليل على إرادة التبرع، حسما لمادة الخلاف، وفضًا للنزاع، وحفظًا لمروءته وصاحبه من الخصومات، وما تجر إليه من شحناوات، والمتبرع ليس له أن يرجع فيما عزم عليه.

(١) ولو كان قد تهدم بناء صاحب العلو بهدم صاحب السفل بناءه ضمن له قيمته وقت الهدم.

وإذا انهدم السفل من غير فعل صاحبه، فلايجبر على إعادته، لأنه لاتعدى من جانبه، فلامبرر للإلزام، وفى هذه الحال لايكون لصاحب العلو - إن أراد أن ينتفع بعلوه - إلا أن يتفق مع صاحب السفل ليبنى اختياراً، لا اضطراراً، ثم له هو أن يبنى بإذن القاضى أو بإذن صاحب السفل، وفى هذه الحال يرجع بكل ما أنفق فى سبيل البناء على صاحب السفل، لأنه وكيل عن صاحب الشأن فى الإشراف على البناء، والإنفاق فى سبيله، فله أن يرجع عليه بكل النفقات التى أنفقها فى هذا السبيل، والوكالة ظاهرة فى حالة إذن صاحب السفل، وأما فى حال إذن القاضى فهى تحتاج إلى جلاء، وذلك لأن القاضى له ولاية عامة قوامها رفع المظالم، وتمكين أصحاب الحقوق من حقوقهم، ولاشك أن لصاحب العلو حقًّا فى القرار على السفل، ولا يتمكن من هذا الحق إلا ببنائه، ولم يأذن مالكه بالبناء ولاطريق لإجباره على البناء أو إجباره على الإذن، فلم يبق له إلا أن يستأذن صاحب الولاية العامة فى البناء، إذ تعذر عليه أخذ الإذن من صاحب الولاية الخاصة، فيكون فى إنفاقه على البناء فى هذه الحالة وكيلا عن ذى ولاية، ويشبه الوكيل المقام فى الخصومات عند عدم وجود الخصم أو وكيل له.

وإذا بنى من غير إذن صاحب السفل ولا إذن القاضى فله فى هذه الحالة أن يرجع بقيمة البناء وقت تمام البناء، ولايرجع بما أنفق، وقد تختلف قيمة البناء عما أنفق زيادة أو نقصانًا، وإنما كان له الرجوع بالقيمة، ولايرجع بما أنفق، لأنه لم يكن وكيلا فى الإنفاق على أى اعتبار، إذ لم يصدر إذن له من القاضى، ولا من صاحب السفل بالبناء، وهذا هو الذى ذكر فى أكثر كتب الفقه، ولم يحك فيه خلافًا، ولكن وجدنا فى كتاب البدائع ما يبين منه أن هناك قولا آخر، وهو أن البانى فى هذه الحال له أن يرجع بما أنفق لابقيمة البناء، فقد جاء فيه : «وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى أنه فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفق، وكذا ذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق، لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلا ببناء السفل، ولاضرر لصاحب السفل فى بنائه، بل فيه نفع، صار مأذونًا بالإنفاق من قبله دلالة، فكان له حق الرجوع بما أنفق»، ولكن يظهر أن الراجح أنه يرجع بقيمة البناء وقت تمامه؛ لأنه ملكه، فوجب ألا يمكن غيره منه إلا ببدل له، وهو القيمة.

وهنا يتساءل القارئ : لم لا يعتبر متبرعًا، كما اعتبرناه متبرعًا إن بنى من غير إذن القاضى وصاحب السفل فى حالة هدمه متعمدًا ؟ والجواب عن ذلك أنه فى الحال الأولى غير مضطر إلى البناء، لأن فى استطاعته أن يلجأ إلى القاضى، ليكره المالك على البناء، أما فى هذه الحال، فهو مضطر إلى البناء إذ لاطريق لإجبار المالك على البناء أو إجباره على الإذن فكأنه فى هذه الحال مأذون من الشرع بالبناء؛ ولهذه المسألة أصل ينطبق عليها وعلى ما يشبهها من المسائل. ذكره شمس الأئمة الحلوانى، وأقرته كل كتب الفقه. وهو أن من يجبر على إصلاح ما يملك إذا تعلق به حق الغير لايرجع عليه إذا أصلح صاحب الحق من غير إذنه أو إذن القاضى، إذ يمكنه أن يجبره، فكان متطوعًا، ومن ذلك كرى النهر وإصلاح السفينة، وإذا كان لايجبر على الإصلاح كمسألة انهدام السفل لايعتبر متبرعًا، لأنه لايمكنه الوصول إلى حقه إلا بذلك.

والآن نقول كلمة مجملة فى طريق الرجوع بما أنفق أو بالقيمة : قد قالوا إن ذلك يكون بحبس صاحب العلو السفل الذى بناه صاحبه، حتى يؤدى ما عليه وهو قيمة البناء وقت تمام البناء، أو النفقات التى قام بها فى سبيل البناء على حسب الأحوال التى بيناها، وإنما كان له هذا الحبس لأن دين البانى متعلق به فله حبسه حتى يستوفى الثمن، بل إن له فيه ملكية، ولذا جاء فى الفتاوى الحامدية أن له أن يسكن السفل، حتى يدفع إليه صاحب السفل ما عليه من مال، وإذا امتنع عن أداء ما عليه بعد حبس السفل عنه كان لصاحب العلو طريقان إحداهما أن يستغل السفل بإذن القاضى ويستوفى ماله من الأجرة[1]، وثانيهما أن يجبره على أداء الدين بطرق الإجبار على أداء الديون من حبس المدين أو بيع أمواله عليه، حتى تستوفى منها ديونه، وقد نص على ذلك فى جامع الفصولين، ولكن فى الفتاوى الخيرية لايجبر هذا الإجبار فى كل الأحوال، بل يجبر ذلك الإجبار إذا بنى صاحب العلو بإذن صاحبه أو بإذن القاضى، أما إذا بنى بغير إذن واحد منهما، فلاطريق إلى الرجوع إلا حبس العين، أو استغلالها بإذن القاضى واستيفاء الحق من الغلة.

---

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الشيخ إبراهيم بك.

٥٠ ـ وإذا هدم صاحب العلو فالقول الصحيح فى المذهب، كما فى جامع الفصولين، أنه لايجبر على بنائه، لأنه لاضرر على صاحب السفل فى عدم بنائه بخلاف صاحب السفل إذا هدم بناءه، لأن العلو قائم عليه وهو أسه فالضرر لاحق بصاحبه بادى الرأى والنظر.

وهنا نستطرد استطرادة صغيرة، وهى : إذا هدم صاحب العلو علوه أو تهدم فهل له أن يبيعه من غير بناء ؟ والجواب عن ذلك أن حق التعلى لايجوز بيعه إلا مع البناء، فمن باعه من غير بناء لايصح بيعه، لأنه من غير بناء ليس بمال، إذ المال ما يمكن إحرازه عند الحنفية، ولا هو فى هذه الحال حق متعلق بمال فيجوز بيعه تبعًا للمال، لأنه فى هذه الحال منفرد عن متعلقه، وهو البناء، ولذا لايجوز بيعه عند الحنفية إجماعًا.

وفى مذهب مالك رضى الله عنه يجوز بيع حق التعلى منفردًا عن البناء، بل يجوز بيعه قبل البناء، لأن بيع الهواء عنده يجوز، ولقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه : «وجاز بيع هواء فوق بناء، بأن يقول شخص لصاحب أرض بعنى عشرة أذرع مثلا فوق ما تبنيه بأرضك، إن وصف البناء الأسفل والأعلى لفظًا أو عادة للخروج من الجهالة والغرر، ويملك الأعلى جميع الهواء الذى فوق بناء الأسفل، ولكن ليس له أن يبنى غير ما دخل عليه إلا برضا الأسفل». ومن هذا يفهم أن حق العلو منفردًا يجوز بيعه، وذلك غير المتفق عليه عند الحنفية.

٥١ ـ ما ذكرناه هو فى الجوار منشؤه ما بين العلو والسفل من علاقة وما لصاحب كل منهما من حق متعلق بالآخر، وهو حق مقرر ثابت بمقتضى علاقة العلو بالسفل، لامطلق الجوار.

أما الجوار المطلق فليس له من الحقوق إلا حق واحد، وهو ألا يضر الشخص فى سبيل انتفاعه بعقاره بجاره ضررًا بينًا فاحشًا، وليس ذلك موضع اتفاق بين الفقهاء، بل هو موضع نظر، أو بعبارة أدق هو استنباط جاء بعد الطبقة الأولى، طبقة أبى حنيفة وأصحابه، وذلك لأن ما يروى فى ظاهره الرواية هو أن المالك حر فى ملكه يتصرف فيه كيف يشاء بلا قيد يقيده، وليس لأحد إجباره على

شيء لايريده فى ملكه، إلا لضرورة أو نقص فى أهليته، كما أنه ليس لأحد منعه من التصرف فى ملكه، ولو تضرر من ذلك غيره، إلا إذا تعلق به حق غيره فلذلك أحكام قد نوهنا عنها فى بيان حق العلو والسفل، وذلك لأن معنى الملك يقتضى إطلاق اليد فى التصرف إطلاقًا تامًا، والمنع لايكون إلا لتعلق حق غيره، فإذا لم يتعلق به حق لايمنع [1]، وعلى ذلك يكون للشخص أن يصنع فى عقاره ما يشاء، فله أن يفتح النوافذ فى بيته من غير قيد ولا شرط، وله أن يحفر بئرًا أو بالوعة، ولو كان ذلك يوهن بناء جاره، ولو فعل شيئًا من ذلك حتى وهن الجدار فسقط فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يتعد على جاره ما دام ما يفعله فى دائرة ملكه، ولاضمان إلا مع التعدى، ولأن منعه من الانتفاع بملكه فيه ضرر ينزل به من غير مبرر يبرره، ولايصح أن يدفع الضرر عن الجار بضرر المالك، لأن فى ذلك نقضًا لأصل الملكية، إذ لو كان الضرر يبرر منع المالك من التصرف لفقد المالك حرية التصرف، وليست حرية التصرف إلا معنى الملك.

ولهذا كله كان ذلك هو القياس [2] فى مذهب الحنفية، وهو رأى الشافعى وأحمد، ولذا قرر الجميع أن حق الملك يقتضى عدم التقيد قضاء، وليس للقاضى أن يمنع المالك من التصرف فى ملكه، ولكن الديانة توجب عليه ألا يضر بالجار لتكون المودة، ولقوله عليه الصلاة والسلام : «والله لايؤمن، ثلاثًا، قالوا : من يا رسول الله ؟ قال : ذلك الذى لايأمن جاره بوائقه» فمن الدين والأخلاق وحسن المعاملة والسلوك القويم ألا يتصرف الجار فى ملكه بما يترتب عليه أذى بجاره، ولكن لايكون بإجبار القضاء على مقتضى ما قرره أبو حنيفة وأصحابه.

هذا ما روى عن الطبقة الأولى من الفقهاء، وما جاء فى ظاهر الرواية وقررنا أنه القياس الذى يوائم القواعد الفقهية، ولكن جاء أصحاب الفتاوى،

---

(١) راجع البدائع.

(٢) يروى أن شخصًا شكا إلى أبى حنيفة من بئر حفرها جاره فى داره، فقال له أبو حنيفة أحفرفى دارك بجوار تلك البئر بالوعة، ففعل، فنزت البئر الأولى، فكبسها ربها وترى أنه لم يذكر للشاكى أن يجبرجاره على كبس البئر، بل ذكر له تلك الحيلة وليست إلا من قبيل التصرف فى الملك، وهى ضرر قد دفع ضررًا، فسلم الفريقان من الأذى، وهكذا يقابل السوء بالسوء فتكون السلامة.

وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين فى المذاهب، فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف فى ملكه تصرفًا يضر بجاره ضررًا بينًا فاحشًا. لحديث لاضرر ولاضرار، ولأن الناس قد تركوا ما أوجبه عليهم الدين من وجوب رعاية الجار، فحقت عليهم كلمة القضاء لحملهم على منع الإضرار اضطرارًا، إذا لم يقوموا به اختيارًا، وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ.

والممنوع على هذا الاستحسان ليس العمل الذى يترتب عليه مطلق الضرر ولو يسيرًا، بل العمل الذى يترتب عليه الضرر الفاحش البين، وقد جاء فى فتح القدير حد العمل الذى يكون سببًا للضرر الفاحش البين فقال : «هو ما يكون سببًا للهدم، وما يوهن البناء سبب له، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ويمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية» ولايعتبر من الضرر الفاحش منع أشعة الشمس، أو سد منافذ الهواء على المساكن، لأنه يمكن الانتفاع مع ذلك فى الجملة، وقد أحصى الفقهاء عددًا من الأضرار التى تعتبر فاحشة بينة، فمنها أن يتخذ طاحونًا أو مصنع حديد، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء، وأن يحدث تنورًا أو معصرة فى سوق الخز، فيضر ضررًا فاحشًا ببضائع أهل السوق، وأن يحفر بجوار جدار جاره بئرًا أو بالوعة توهن بناء الجار، وأن يحدث فى ملكه بناء ما يمنع الضوء عن جاره، بحيث لايستطيع القراءة فى النهار من شدة الظلام، وأن يحدث شباكًا يطل منه على مقر النساء[1].

وهذا الرأى الذى هو استحسان فى مذهب أبى حنيفة هو مذهب مالك رضى الله عنه، جاء فى تهذيب الفروق ما نصه : «مما هو معلوم لاشك فيه أن من ملك موضعًا له أن يبنى فيه، ويرفع فيه البناء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما يشاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره» فالانتفاع بالملك عند مالك وأصحابه مقيد بقيد، هو ألا يضر بغيره، وهو استحسان المتأخرين عند الحنفية كما علمت.

---

(١) راجع طائفة مجموعة من هذه المسائل فى مذكرة المعاملات لطلبة القسم الأول من مدرسة القضاء الشرعى.

أسباب الملك التام

٥٢ ـ ذكرنا فى الفصول السابقة أسباب الملك الناقص، وأسباب الحقوق التى تتعلق بالأعيان، وما يشبهها، والآن نتكلم فى أسباب الملك التام فنقول :

أسباب الملك ثلاثة أقسام هى :

(القسم الأول) : سبب منشئ للملك على الأعيان بعد أن لم يكن ثابتًا فيها،وهذا هو الاستيلاء على الأشياء المباحة، ووضع اليد عليها، فإن الأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن مملوكة لأحد، ولم يكن ثمة ملك واقع عليها، وبالاستيلاء تثبت الملكية لواضع اليد، وهى ملكية حادثة، ويسمى هذا سببًا فعليًّا من أسباب الملكية، لأن منشأه لم يكن قولا أو عقدًا، ولكن منشؤه فعل وعمل، ولأنه سبب فعلى، وليس بسبب قولى صح أن يكون سببًا للملكية إذا حصل من محجور عليه؛ فإذا استولى المحجور عليه على مباح بأن أحيا أرضًا مواتًا، أو صاد صيدًا أو احتش كلأ، أو احتطب حطبًا، فقد ملكه، وذلك بخلاف الأسباب القولية، فإنها لايترتب عليها الملك بإطلاق من المحجور عليه، فشراؤه مثلا لايترتب عليه ملك له،وذلك لأن التصرفات القولية هى موضع الحجر، ولايترتب عليها آثارها لعدم اعتبارها منشئة للحقوق والواجبات منه. وأما الأفعال فتترتب عليها آثارها، ولذا لو جنى جناية وجب عليه أرشها، ويؤخذ من ماله.

(القسم الثانى) : أسباب تنقل الملكية من سلطان شخص إلى غيره، ويشمل ذلك العقود الناقلة للملكية من بيع وهبة وصدقة وخلع بالنسبة لبدله ونكاح بالنسبة لمهره، ومن شأن هذا النوع من الأسباب أن تكون الأموال التى تنقل ملكيتها بسببها مشغولة بالملك قبلها، فإذا لم تكن مشغولة لاتنعقد سببًا للملك ؟ لأن مقتضاها بالنسبة للملك أن تنقله من حيز إلى حيز، وذلك لايكون إذا كان الملك ثابتًا أولا قبل العقد، ولذا لايصح أن يكون محل البيع مباحًا من المباحات، كما لايصح أن يكون المباح مهرًا أو بدل خلع أو محلا للصدقة أو الهبة، لأن الملكية لم تكن ثابتة فى المباح قبل هذه العقود فلا يكون ثمة نقل من مالك إلى مالك، فلايكون مقتضى العقد ثابتًا.

(القسم الثالث) : سبب الملك هو خلافة الشخص لغيره فى الملكية، وهذا يشمل الميراث والوصية، فإن الملك يصل إلى الوارث والموصى له بالخلافة عن المورث والموصى، إذ لايملكان إلا من بعد وفاته، ووفاته شرط للملكية عنه، ولذا لايحتاج دخول الميراث فى ملك الوارث إلى قبول منه، وكذلك لاتحتاج الوصية إلى قبول، بل الشرط عدم الرد فيها، بل إن الميراث يدخل فى ملك الوارث جبراً عنه من غير اختياره وإرادته، ولايوجد من أسباب الملك ما ينتقل به الملك من غير اختيار سوى الميراث، وزاد الزيلعى على الميراث الوصية للجنين، فإن الملك يدخل من غير اختيار أحد لعدم وجود من يلى عليه، إذ لايصلح لأن يكون محلا للولاية عليه. وفى الوصية ما يقرب من هذا، وذلك إذا مات الموصى له قبل أن نعلم له قبولا أو رداً، فإن الملك يثبت له، ولم يثبت عنه اختيار. ومن كل هذه الأوصاف والخواص يستبين أن الملك الثابت بالميراث والوصية ملك سببه خلاف الوارث أو الموصى له للمورث والموصى؛ ولقد رتب الفقهاء على ذلك أحكامًا منها أن الوارث والموصى له كلاهما يكون خصمًا فى إثبات الديون التى تكون على الميت، ولو لم يكونا خليفتين له فى تركته ما كان لهما شأن فى الخصومة، ومنها أن لهما أن يقيلا البائع من البيع إذا كان البيع حادثًا من المتوفى، وتكون إقالتهما لها كل خواص الإقالة وأحكامها، ولولا أن ملكيتهما بسبب الخلافة لكانت إقالتهما بيعًا جديدًا من كل الوجوه، وما كانت لها أحكام الإقالة من حيث كونها نسخًا بالنسبة لبعض الأحكام، وبيعًا بالنسبة لبعضها.

والاستيلاء على المباح يشمل أربعة أضرب : (أحدها) إحياء الموات، (وثانيها) الاستيلاء على المعادن والكنوز، و(ثالثها) حيازة الأشياء المباحة، (ورابعها) الصيد.

إحياء المـوات

٥٣ ـ الأراضى الموات هى الأراضى التى تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها، أو لكون طينتها غير صالحة للإنبات، ويشترط لاعتبارها مواتًا أن تكون بعيدة عن العمران غير قريبة منه، لأنها إن كانت قريبة من العمران انتفع بها

فى غير الزراعة فتتعلق بها مصالحه، فتكون منها طرق، ومسايل ماء، ومطرح قمامته، وملقى ترابه، ولم يختلف فى ذلك أحد من أهل العلم [1]. ولكنهم اختلفوا فى مدى هذا البعد، فروى عن أبى يوسف رضى الله عنه أن البعد يكون بحيث لو وقف رجل فى أدنى الموات إلى العمران، ونادى بأعلى صوته لايسمع صوته فى العمران، فلو سمع لم تكن الأرض مواتًا، وقال محمد، وهو المروى فى ظاهر الرواية، أنه يكفى فى البعد ألا تكون من مرافق القرية بالفعل، فهو نظر إلى حقيقة الانتفاع. فإن كانت منتفعًا بها بالفعل فى مرافق العمران انتفى عنها وصف الموات، وإن كانت غير منتفع منها بالفعل بأن لم تكن من مرافق القرية اعتبرت غير منتفع بها، وتكون منفعتها فى الزراعة، وهى غير صالحة لها فهى موات إذن.

وقد اعتمد شمس الأئمة السرخسى قول أبى يوسف مع أنه غير ظاهر الرواية على ما علمت [2]، ومذهب الشافعى فى هذا كمذهب أحمد.

وترك بعض الفقهاء الحد الفاصل بين القريب والبعيد إلى العرف، ومن هؤلاء الإمام أحمد بن حنبل وأصحابه، واستدل له بأن الحد لايعرف إلا بالتوقف، ولايعرف بالرأى والتحكم، ولم يرد من الشارع لذلك حد، فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف كالقبض والإحراز، فإن الأمر فى تحقيق معناهما إلى العرف والمشهور بين الناس، وأى حد من غير دليل هو تحكم، إذ ليس حد أولى من غيره ما دام ليس فى المسألة نص، أو قياس على منصوص عليه فليس لنا إلا أن نتركه للعرف.

٥٤ ـ وقد اشترط صاحب الكنز فى اعتبار الأرض مواتًا ألا تكون مملوكة لشخص معين معروف، غير أن ذلك الشرط ليس لتحقيق كونها مواتًا بل لاعتبار الإحياء سببًا للملكية، فإن الأرض تعتبر مواتًا إذا تحقق أنها ليست من مرافق العمران، ولاتصلح للزراعة، ولو كان لها مالك معروف، غير أن الإحياء لايكون

---

(١) المغنى فى كتاب إحياء الموات.

(٢) راجع كتاب الزيلعى والبدائع فى إحياء الموات.

سببًا للملكية إلا إذا كانت الأرض لم يعرف لها مالك، سواء أكانت لم يجر عليها ملك قط، أم جرى عليها ملك، ولكن فى غير عصور الإسلام، أم جرى عليها ملك فى العصور الإسلامية ولم يعرف صاحبه، فما دامت لم يعرف لها مالك [١] معين فهى موات. ولكن قد حصل خلاف بعض الفقهاء إذا كان المالك مسلمًا أو ذميًّا فى عصور إسلامية ولكنه غير معروف، فقد رويت بعض الروايات عن أحمد ابن حنبل أنها لاتعتبر مواتًا ما دامت قد ملكت فى عصور الإسلام، لقوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضًا مواتًا فى غير حق مسلم، فهى له» ولأنها إذا ثبت أن لها مالكًا فى الإسلام فهى على ملكيته، وعدم معرفته لايزيل ملكيته لأنها له، فإن لم يكن فلورثته، فإن لم يعلم ورثة فهى لبيت مال المسلمين لأنه وارث من لاوارث له، وعلى أية حال لاتعتبر مباحًا غير مملوك لأحد. ولكن كثرة الفقهاء ومنهم مالك وأبو حنيفة على أنها تملك بالإحياء لأنها لايعرف لها مالك، فأشبهت مالا مالك له، ولأنها إذا كانت مواتًا من القديم، بحيث لايعرف مبدأ لمواتها سقطت ملكيتها، لعدم وجود محرز لها، ولعدم صلاحيتها للانتفاع وصارت كالعادى القديم الذى ينسب إلى ملاك قبل الإسلام، ولقد قال عليه الصلاة والسلام «عادى الأرض لله ولرسوله» ثم هو بعد لكم، وقد فسر القدورى رحمه الله العادى بما قدم خرابه ولو كان فى الإسلام.

٥٥ ـ وإحياء الأرض جعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بإزالة السبب الذى جعلها غير صالحة وغير نافعة، فإذا كان مواتها بسبب غمر المياه لها، فإحياؤها بإقامة السدود الدافعة للمياه للتمكن منها والأخذ وقت الحاجة فقط. وإذا كان مواتها بسبب عدم وصول المياه إليها فإحياؤها بشق الأنهر لتصل المياه إليها، أو بوضع آلات رافعة للمياه لتصل إليها إن كانت عالية لاتصل المياه إليها من غير آلات رافعة، أو بكريها وسقيها حتى تصير بتلك العملية صالحة للإنبات إذا كان سبب الموات فساد تربتها. وإذا أرادها قرية، فإحياؤها ببناء حائط وتقسيمها بيوتًا ودورًا ونحو ذلك، وقد ذكر فى المغنى أن فى الإحياء روايتين فى مذهب الإمام

(١) مالك رضى الله عنه يعتبر من الموات الذى يكون إحياؤه سببًا لملكية الأراضى التى ملكها أصحابها بالإحياء لابسبب آخر من أسباب الملكية إذا أهملت حتى صارت مواتًا بعد الإحياء فإن ملكيتها تذهب عنه وتعود مباحة كما كانت، وسنبين ذلك فى موضعه إن شاء الله.

أحمد بن حنبل إحداهما بنحو ما ذكرنا والثانية «أن الإحياء ما تعارفه الناس إحياء، لأن الشارع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه، ولاذكر كيفيته، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء فى العرف، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز، ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف، ولأن النبى ﷺ لايعلق حكمًا على ما ليس إلى معرفته طريق، فلما لم يتبينه تعين العرف طريقًا لمعرفته؛ إذ ليس له طريق سواه. إذا ثبت هذا فإن الأرض تحيا دارًا للسكنى، وحظيرة، ومزرعة. فإحياء كل واحدة من تلك بتهيئتها للانتفاع الذى أريدت له . . .».

٥٦ ـ والإحياء وحده سبب للملكية عند الصاحبين والشافعى وأحمد بن حنبل ما دامت الأرض لا مالك لها. فلاحاجة لثبوت الملكية بالإحياء إلى إذن الإمام، وقال أبو حنيفة رحمه الله : لايثبت الملك فى الموات بمجرد الإحياء، بل لابد مع الإحياء من إذن الإمام.

استدل الأولون بأن الأراضى الموات ليست ملكًا لبيت المال، بل هى مال مباح، والمباح لمن سبقت يده إليه، وقد سبقت اليد إليه بالإحياء فهو لمن أحياه، فلاحاجة إلى إذن الإمام فى ثبوت الملكية، كمن يحتطب حطبًا مباحًا أو يحتش كلأ مباحًا، فإنه يملك بمجرد الإحراز والاستيلاء،وكمن يصطاد حيوانًا لا مالك له فإنه يملكه بمجرد الاصطياد، وإذا كانت ملكية هذه الأشياء لاتحتاج فى ثبوتها إلى إذن الإمام، فكذلك ملكية الموات من الأرضين لايحتاج الشخص فى ملكيته إلى إذن الإمام، بل إلى الإحياء فقط؛ لأنه هو الذى جعله الشارع سببًا للملكية، فقد ورد فى الحديث الشريف :«من أحيا أرضًا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق».

واستدل لأبى حنيفة بأن هذه الأرضين وإن كانت لامالك لها فى الإسلام هى فى سلطان الإمام، ويعتبر بولايته على البلدان واضع اليد عليها، وليس لأحد أن يستولى على ما تحت يد الإمام من غير إذن، وقد قال ﷺ : «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»، ولأن ولاية الإمام على أرض غير مملوكة يجعلها فى يده

كالغنائم يوزعها علـى المسلمين، وليس لأحد أن ينال شيئًا منهـا بغير أن يقسم له الإمام ويأذن له، ولأن الإحياء من غيـر إذن الإمام قد يدفع إلى التزاحم والتنازع، فلأجل الفصل بيـن الناس ولمنع النزاع بإزالة أسبابه كان لابد من إذن الإمـام لتثبت الملكية بالإحياء، وحديث: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» لاينافى شرط الإذن لأنه يشبه حديث «من قتل قـتيلا فله سلبه» (١)، ولم يقل أحد أن من قـتل قتـيلا فى الجهـاد فى سبـيل الله يأخذ سلبـه من غير إذن الإمـام، فإذن الإمـام ملاحظ فى الحديثين، منعًا للتشاح والتنازع وإن لم يذكر (٢).

٥٧ ـ والتحجير لايعتبر من أسباب الملك، وهو أن يضع الشخص علامة فى الأرض الموات تدل على سبـقه إليها، أو يشـرع فى إحيائها، فـيعد من التحـجير وضع سور حـول الأرض، أو خط خطوط حولهـا تدل على سبق يده، ومـنها أن يقطع أشواكها، أو يسوى عاليها بسافلها، لأن ذلك شروع فى الإحياء والشروع فى الإحياء من الـتحجير كـما علمت. وهو باتفاق الفـقهاء ليس كالإحيـاء فى إثباته

---

(١) سلب القتيل ما يكون معه من سلاح وعتاد وقت قتاله.

(٢) قد حكى أبو يوسف رضى الله عنه خلافـه مع شيخه فى كتاب الخـراج، فننقله لنرطب كلامنا بكلام هذا السلف الصالح، وليسـتبين الناس كيف تكون أمانة العلم، بأنـه يحكى كلام شيخه وحجـته مع إصراره على رأيه، وهذا كلامه رضى الله عنه: «وكـان أبو حنيفة رحمـه الله يقول من أحيا أرضًا مـواتًا فهى له إذا أجازه الإمام، ومن أحيا أرضًا مواتًا بغير إذن الإمام فليـست له،وللإمام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما رأى من الإجارة والإقطاع وغير ذلك. قيل لأبى يوسف: ما ينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هذا إلا من شيء، لأن الحديث قد جاء عن النبى ﷺ أنه قال: من أحيا أرضا مـواتًا فهى له، فبين لنا ذلك الشيء،فهل سمعت عنه فى هذا شيئًا يحتج به. قال أبو يوسف: حجـته فى ذلك أنه يقول: الإحياء لايكون إلا بإذن الإمام، أرأيت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختـار موضعًا واحدًا، وكل واحد منهما منع صـاحبه، أيهما أحق؟ أرأيت إن أراد رجل أن يحيى أرضًا ميتة بفناء رجل، وهو مقر أن لاحق له فيها، فقال لاتحيا فإنها بفنائى وذلك يضرنى؟ فإنما جعل أبو حنيفة إذن الإمام فى ذلك ها هنا فـصلا بين الناس، فإذا أذن الإمام فى ذلك لإنسان كان له أن يحييـها، وكان ذلك الإذن جائزًا مستـقيمًا، وإذا منع الإمام أحدًا كـان ذلك المنع جائزًا، ولم يكن بين الناس التشاح فى الموضع الواحد، ولا الضرار فيه مع إذن الإمام ومنعه،وليس ما قال أبو حنيفة يرد الأثر له، وإنما رد الأثر أن يقول: وإن أحـياها بإذن الإمـام فليست له. فـأما من يقـول هى له، فهذا اتبـاع الأثر، ولكن بإذن الإمام، ليكون إذنه فصلا فيما بينهم من خصوماتهم وإضرار بعضهم ببعض.

أما أنا فـأرى ـ إذا لم يكن ضرر على أحد، ولا لأحـد فيه خـصومة ـ أن إذن رسـول الله ﷺ جائز إلى يوم القيامة، فـإذا جاء ضرر، فهو على الحديث: «وليس لعـرق ظالم حق...» عن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق». ثم يروى الحديث بروايات مختلفة كلها فى معنى واحد.

للملكية؛ لأن الآثار المتضافرة تدل على أن وضع اليد على الأراضى الموات وضعًا مجردًا لايعتبر من أسباب الملكية، بل الآثار التى جعلت سبب الملكية هو وضع اليد المشتمل على إحياء الأرض وجعلها صالحة للزراعة.

والمحتجر إذا مضى على تحجيره ثلاث سنوات اتفق الفقهاء على أنه يصبح لاحق له؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «عادى الأرض لله ولرسوله، ثم لكم من بعد، فمن أحيا أرضًا ميتة فهى له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين»، وروى مثل هذا عن عمر بن الخطاب، فعساه يكون قد سمعه من الرسول ﷺ؛ ولأن المحتجر إذا مضت عليه ثلاث سنين، ولم يصلح يكون قد ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم، إذ لهم جميعًا الحق فى إحيائها وامتلاكها بهذا الإحياء، فجاء هذا فمنع الناس عنها، وما أحياها، ولاترك الناس يحيونها، فكان فى هذا المنع ظالمًا معتديًا، وما كان له بعد هذا حق فى إمساكها، لأنه لايجوز استمرار الظلم والاعتداء بهذا المنع من غير أى ثمرة ترجى منه، ولو جاء غيره وانتزعها منه بعد الثلاث بالقهر والغلبة وأحياها تكون ملكه باتفاق الفقهاء.

هذا ما يتعلق بشأن المحجر بعد ثلاث سنوات. أما قبل ثلاث السنوات فله حق متعلق بها؛ لأن يده سبقت إليها، والسابق إلى المباح أولى من غيره به، وأحق بامتلاكه دون الناس أجمعين، غيرأن الفقهاء الحنفية وغيرهم اختلفوا فى مدى هذا الحق. فقال بعض الفقهاء أنه حق ثابت ديانة لاقضاء، لأن ملكيته لم تثبت قبل ثلاث سنوات، ولكن على الناس من حيث الديانة أن يحترموا هذا الحق، ولكن لايلزمون به قضاء، ولذا إذا جاء شخص فى مدة ثلاث السنوات وأحيا الأرض الموات كان المالك لها، لأن حقه فى الملك صار أقوى من حق الآخر باليد، ونظير هذا من استام شيئًا ليشتريه، أو خطب فتاة ليتزوجها يحرم على غيره ديانة أن يستام عليه، أو يخطب على خطبته، فإذا جاء واستام واشترى، أو خطب وتزوج، لم يكن لأحد أن يمنعه بقوة القضاء، وكان زواجه بلا ريب، بمثل هذا جاء فى الزيلعى وغيره [1]، وقالوا إنه صحيح.

---

(١) ومثله جاء فى المغنى من كتب الحنابلة.

وقال بعض الفقهاء : إن من أحيا فى مدة ثلاث السنوات لايملك بإحيائه لأن حق المحتجر أولى من حق غيره، والمحيى بعد تحجيره معتد عليه؛ فلا يصح أن يكون إحياؤه سببًا للملكية، لأن الظلم لايكون سببًا فى إثبات الملكية، وقد قال ﷺ : «وليس لعرق ظالم حق» إذ إنه السابق، والسابق إلى المباح أولى به من غيره، فكان حقه الثابت بذلك السبق أولى بالرعاية، ولذلك لايثبت بإحياء غيره أى حق من الحقوق له.

٥٨ ـ والملك بالإحياء كالملك بسائر أسباب الملكية متى ثبت لشخص لايزول عنه إلا بانتقاله بسبب من أسباب الملكية، فما لم يحدث ذلك السبب فالملكية ثابتة للمحيى، ولو صارت الأرض بعد ذلك مواتًا بإهمالها وعدم تعهدها بالحرث والسقى، وهذا مذهب الشافعى، وأحمد بن حنبل، ومذهب أبى حنيفة.

وقال مالك : إن الإحياء إذا ذهب بعودة الأرض مواتًا، قبل أن ينتقل الملك إلى غير المحيى تنتهى الملكية، ويكون لأى شخص امتلاكها بالإحياء وحجته فى ذلك :

(١) أنه فى إحياء الموات جعل الإحياء علة الملك، فإذا ذهب الإحياء ذهب الملك، لأن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فإذا ذهبت العلة بطل الحكم، وإذا وجدت وجد، فلما صارت الأرض مواتًا، ذهبت العلة، فلم يعد للحكم،وهو الملكية،وجود[١].

(٢) وإن الإحياء سبب فعلى من أسباب الملك التى ترد على المباحات، وهى ضعيفة لورودها على غير ملك سابق، بخلاف أسباب الملك القولية لايبطل الملك فيها بعدم استمرارها، لأنها ترد على مملوك فلتأصل الملك قبلها قويت إفادتها

---

(١) وقد رد ذلك الدليل ابن الشاطر وهومالكى، بأن الإحياء قد ثبت فترتب أثره، وهو الملكية، ولم يرتفع الإحياء الذى أوجد الملكية، لأن الواقع لايرتفع، إذ إن الإحياء فعل من الأفعال المجردة حدوثه سجل فى الوجود، فلايمكن نفيه، وإن كان يمكن ألا يستمر، واستمرار الأسباب وبقاؤها ليس بشرط فى وجود الأحكام المبينة عن وجودها، فإن الملك المترتب على الشراء أو الهبة أو الإرث أو الوصية لاتستمر أسبابه، ومقتضى كلام مالك ألا يستمر هذا الملك لعدم استمرار هذه الأسباب، ولم يقل أحد ذلك (ملخص بتوضيح من إدرار الشروق على أنوار الفروق).

للملك لاجتماع إفادتها مع إفادة مـا قبلها، وكذلك إذا ورد البيع على الإحياء، لم ينتقض الملك بعد ذلك لتظاهر الأسباب [1].

(٣) وأن الإحياء كالاصطياد واحتياز كل مباح، إذا رفعت اليد فيه عاد مباحًا كمـا كان. فالسـمك إذا انفلت إلى النهر عـاد مباحًـا، والحيوان الذى صـيد، إذا توحش وتأبد، ولم يعد لليـد سلطان عليه إلا بصيد جـديد عاد مباحًا كـما كان، والماء إذا حيز، ثم اخـتلط بماء النهر صار مباحًا كـما كان. فكذلك الأرض الموات إذا عادت بعد الإحياء مواتًا عادت إلى ما كانت عليه من الإباحة [2].

واستـدل أبو حنيفة والشـافعى وأحمـد بن حنبل، بحديث «من أحيـا أرضًا ميتة فهى له، وليس لعـرق ظالم حق»، وهذا الحديث يفيد الملك بإطلاق، والملك إذا ثبت لايزول عن شخص إلا بالأسباب الناقلة له من شخص إلى شخص، ولأن الإحياء كالبيع والهبة وغيرها من أسباب الملكية، بل كلها مبنى عليه فى الأراضى، وإذا كانت هذه الأسباب لاتنتهى الملكية بسببها بعودة الأرض مواتًا فكذلك الإحياء لاتنتهى الملكية بسببه بعودتها مواتًا.

٥٩ ـ والأرض الموات إذا أحـييت، أتعـتبر مـن الأراضى الخراجيـة أم من الأراضى العشرية [3]؟ إذا أحيـاها ذمى تكون خراجيـة؛ لأن ما يقع تحت سلطان

---

(١) يرد هذا الدليل بأن أى سبب من الأسباب القولية يقوم عـلى السبب الفعلى، وهو الاستيلاء على المباح، فإذا كان الاستيلاء على المباح سببًا ضعيفًا، فكل ما ينبنى عليه يرد عليه ضعفه، فإذا كان المحيى للأرض ملكه ضعيف، فمن يستفيد الملك عن طريقه يستفيد منه هذا الضعف، لأنه يملك بمقدار ما يملك هو.

(٢) يرد هذا الدليل بأن هذه المقدمات تنطبق على الملكيـة بالبيع وغيره، فالسمك إذا عاد إلى النهـر عاد مباحًا ولو كان قد بيع، وكذلك الحـيوان إذا توحش والماء المحوز إذا اختلط بماء النهر، فإنهما يعـودان مباحين، ولو كانا قد بيعا، ومقتضى هذا إذن أن الموات إذا بيع بعد إحيائه ثم عاد مواتًا عاد مباحًا، ولـم يقل ذلك أحد حتى مالك رضى الله عنه.

(٣) الأراضى العشرية هى الأراضى التى فتحهـا المسلمون عنوة، وقسمت بين الفاتحين؛ والأراضى التى أسلم أهلها عليهـا من غير فتح. والأراضى الخراجيـة هى الأراضى التى فتحت عنوة وأقر أهلها عليـها. ويظهر أثر التفرقـة بين العشر والخراج فيـما يؤخذ منهما من ضـرائب، فالعشرية يؤخذ منهـا العشر مما تنتج من زرع إن سقيت بغير آلة ونصف العشر إن سقيت بآلة، وأما الخراجية فيؤخذ منها مقدار يقدره ولى الأمر على حسب ما تطيق الأرض،ويسمى ذلك خـراج وظيفة؛ وقـد يرى الإمام أن تؤخذ نسـبة معـينة من الأرض، ويسمى ذلك خراج مقاسمة.



الذمى من الأراضى يكون خراجيًا، ولو كان قد انتقل من غيره، بل لو كانت عشرية فى يد مسلم، فنقلت إلى ذمى تكون خراجية عند أبى حنيفة وعلى ذلك يكون أولى بهذا الوصف ما أحياه هو، وأنشأ عليه ملكًا مبتدأ بالإحياء. ولأن العشر من أنواع الزكاة، فهو عبادة، أو على الأصل فى معناها،ولايصح أن نفرض عبادة إسلامية على غير المسلمين؛ لذلك كانت الأرض التى يستولى عليها ذمى خراجية، ليفرض عليها الخراج.

وإذا أحياها مسلم، فقد قال محمد : إنها تتبع ماءها. فإن كانت تسقى من ماء السماء أو ببئر استنبطها فيها، أو بماء الأنهار العظام التى لاتقع فى قبضة أحد فهى عشرية، وإن سقيت بماء من نهر كان قد حفره الأعاجم قبل الإسلام، فهى خراجية، وذلك لأن الماء هو العنصر الفعال فى الزرع، بل هو فى أغلب الأحوال ماتحتاج إليه الأراضى الموات لأجل إحيائها وجعلها صالحة للزراعة.

ولذلك تكتسب الأرض صفته، فإن كان ماء يفيض بنعمة الله من غير عمل الإنسان كانت عشرية، وإن كان ماء كان لغير المسلمين عليه سلطان، وهو فى حوزتهم وملكهم كانت خراجية، لأن هذا النوع من المياه يعتبر فيئًا وغنيمة، فهو يشبه الأراضى الخراجية، فما يحييه من الأراضى يكون خراجيًا. وقال أبو يوسف إذا أحياها مسلم تعتبر عشرية إذا كانت فى حيز الأراضى العشرية بأن كانت الأرض التى هى فيها عشرية، وتعتبر خراجية إذا كانت فى حيز الأراضى الخراجية، وذلك لأن مرافقها متعلقة بما حولها من الأراضى فتكون تابعة له فى الوصف، فإن كان خراجيًا كانت مثله، وإن كان عشريًا كانت كذلك.

٦٠ ـ إحياء الموات فى القانون المدنى المصرى :

الأراضى الموات ولو أنها من الأشياء المباحة بمقتضى طبيعتها معتبرة فى القانون المدنى من أملاك الدولة. ولذا جاء فى المادة الثامنة ما نصه : «الأموال المباحة هى التى لا مالك لها، ويجوز أن تكون ملكًا لأول واضع يده عليها. ولايجوز وضع اليد على الأراضى التى من هذا القبيل إلا بإذن الحكومة حسب الشروط المقررة فى اللوائح والقوانين».

ومن هذا يفهم أن الحكومة قد اعتبرتها ملكًا لها، وإن أقرت أنها فى الأصل من الأشياء المشتركة بالإباحة الطبيعية. ولقد بينت ذلك لجنة المراقبة القضائية فقد جاء فى أحد منشوراتها «إن الحكومة مالكة لجميع الأراضى التى لايمكن أحدًا أن يثبت ملكيته لها، وعلى ذلك فمن أخذ أحجارًا من أحد المحاجر سواء أكانت مستخرجة أم استخرجها هو بنفسه يعتبر سارقًا لملك الحكومة»[1].

وعلى هذا الأساس لم يكن الاستيلاء على الأراضى الموات كافيًا للملكية كالشأن فى كل الأموال المباحة كما نصت على ذلك المادة السادسة والخمسون، بل كانت ملكية الأراضى الموات لها طرق مقررة أخرى غير مجرد الاستيلاء، وقد ذكر الشراح أن طرق ملكيتها ثلاثة :

(١) وضع اليد عليها المدة الطويلة المقررة فى القانون، وهى مدة خمس عشرة سنة، وهذا سبب عام من أسباب الملكية يشمل المباح وغير المباح من الأموال، وإن كان هو فى الأراضى الموات التى هى فى أصلها على الشركة الطبعية أظهر، وأكمل إثباتًا، لأنها لم تتعلق بها ملكية أحد من الناس، فيكون وضع اليد تلك المدة مثبتًا للحق، من غير أن ينفى حقًّا ثابتًا يناقضه. وعلى هذا فهو يثبت فى الأرض الموات الحق فى الملكية من غير أى ظلم يلابسه.

(٢) وضع اليد من غير تقييد بمدة معينة، وهذا لايثبت الملكية إلا بإذن من الحكومة، ولابد للإذن من إجراءات أشارت إليها المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى، وبينها الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤، وخلاصتها أنه لابد من تسليم الأرض بمعرفة مندوب من المديرية، وتصديق مجلس الوزراء، وتحرير حجة مشتملة على شروط الإعطاء[2].

وإن كان تحرير تلك الحجة من حيث قوته محلا لخلاف فى الفقه وفى القضاء، فبعضهم يعتبره جزءًا متممًا لإجراء نقل الملكية، وبعضهم يعتبره دليلا على النقل، وليس جزءًا من أسبابه.

---

(١) هامش كتاب الملكية العقارية فى مصر للأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك، ص ٩٨.

(٢) راجع فى كل هذا كتاب الملكية العقارية فى مصر لأستاذنا الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك.



(٣) الزرع أو الغرس، أو البناء، فإذا زرع شخص فى الأراضى الموات، أو بنى فيها أو غرس أشجارًا اعتبر مالكًا لها بهذا العمل بشرط ألا تنقطع يده عنها مدة خمس سنين فى الخمس عشرة سنة التالية لإحياء الموات. وقد نصت على هذا وعلى ما سبقه المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى، وهذا نصها :

«أما الأراضى غير المزروعة المملوكة شرعًا للميرى، فلايجوز وضع اليد عليها، إلا بإذن الحكومة، ويكون أخذها بصفة أبعادية تطبيقًا للوائح. إنما كل من زرع أرضًا من الأراضى أو بنى عليها، أو غرس فيها غراسًا يصير مالكًا لتلك الأرض ملكًا تامًا، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها».

وهنا يثار بحث فى نقطتين إحداهما فى مدة خمس السنوات أهى خمس متتابعة أم يجوز أن تكون متفرقة ؟

وثانيهما فى إذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع أهو لازم أم غير لازم ؟

أما عن الأولى منهما فعبارة القانون ليس فيها نص مبين صريح بتعيين أى الحالتين، ولذلك يصح أن يقال إن النص لم يشترط أن تكون السنون الخمس متتابعة، فتشمل الحالين حال التتابع وحال التفرق، ولايصح إيثار إحداهما على الأخرى بالاعتبار، وعلى هذا فمتى ترك الاستعمال خمس سنوات ولو متفرقات فى مدة الخمس عشرة سنة سقطت الملكية.

ويصح أن يقال إن خمس السنوات يجب أن تكون متتابعة، لأنها المتبادر إلى الفهم من عبارة القانون، والقوانين تفهم بظواهر دلالاتها أولا، ولأن الملكية تثبت بالغراس أو البناء أو الزراع، فلاتسقط إلا بلفظ صريح فى الإسقاط، ظاهر الدلالة فيه قاطع غير قابل لاحتمال غيره، وذلك لايكون إلا إذا كانت السنوات الخمس متتابعة، أما غير المتتابعة، فليست الدلالة عليها بظاهر النص أو قطعية فيه، بل هى احتمال فيه، ولاتسقط الملكية الثابتة بالاحتمال[1]. «ولأن قصد الشارع أن تكون

---

(١) فى أصول الفقه الإسلامى قاعدة؛ لو طبقت فى هذا المقام لرجحت اشتراط التتابع وتلك القاعدة هى أن المطلق إذا أطلق ينصرف إلى الفرد الكامل، ولفظ الخمس سنوات مطلق فينصرف إلى الفرد الكامل، وهى خمس السنين المتتابعة.

مدة عدم الاستعمال متتابعة، لأن عدم الاستعمال لمدة طويلة يدل على نية الترك بخلاف عدم الاستعمال مدة قصيرة ونحن نفضل هذا الاستنباط»[1].

وأما لزوم إذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع فقد اختلف القضاء فيه، فبعض المحاكم لم يشترط الإذن وبعضها اشترطه، بل تثبت الملكية بمجرد الإحياء فى نظره.

وقد احتج الفريق الأول :

(١) بأن المادة ٥٧ ذكرت حالين إحداهما حال الملك بالإذن، والثانية حال الملك بالغرس أو البناء أو الزرع، ولاشك فى أن الحالين يجب أن تكونا مختلفتين من حيث الحكم والأثر ولا اختلاف بينهما إلا من حيث الإذن وعدمه، فقد كان الإذن عماد الملكية فى الحال الأولى، فلو كان عمادها فى الثانية ما كان لذكرها معنى، ولكانت لغواً من القول، وذلك ما لايعقل وجوده فى نصوص القوانين.

(٢) وبأن الحكمة فى وضع الفقرة الثانية من المادة المذكورة تشجيع الناس على استغلال الأراضى حتى تنمو بذلك ثروة البلاد، وهذا يجعل للزارع والغارس والبانى ميزة على غيرهم من المستولين على الأراضى الذين يسمح لهم استيلاؤهم بالملكية، وذلك لايكون إلا بإعفائهم من الإذن الذى يجب فى ملكية غيرهم، وإلا كانوا معهم سواء، بل إنهم يكونون أدنى حالا منهم؛ لأن ملكيتهم تسقط بالترك خمس سنوات فى مدة خمس عشرة سنة، بينما لاتسقط ملكية من أخذوا بصفة أبعادية بذلك، وذلك تخريج بعيد عن الإنصاف بعده عن العقول.

(٣) وأنه لاخطر على الحكومة ولاخوف على أراضيها من الملكية، بغير إذن، لأن الأراضى الموات إذا أحياها غارس أو بان أو زارع استفادت منها الحكومة بزيادة الثروة واتساع العمران، وذلك يدر على مالية الحكومة أموالا من الضرائب التى تفرضها على الأرض بعد إحيائها بعد أن كانت لاتستفيد منها شيئًا قليلا أو كثيرًا.

---

(١) راجع كتاب الملكية العقارية فى مصر المنوه عنه سابقًا.

وقد احتج الفريق الثانى بأن من يريد الانتفاع بأى جزء مما تملك الدولة ما يستطيع الانتفاع به إلا بإذنها، ولايتصور أن ملك المنفعة أو حق الانتفاع يحتاج إلى الإذن، ولا تحتاج الملكية التامة إلى الإذن.

والفرق بين فقرتى المادة ٥٧ ليس فى الإذن وعدم الإذن، ولكن الفرق فى أن الغرس أو البناء أو الزرع يجعل الملك تامًا بمعنى أنه ليس للحكومة أن تسحب الإذن إلا إذا سقطت الملكية بالترك المنوه عنه[١].

وأما عند عدم الزرع أو الغرس، فللحكومة أن تسحب الإذن فى أى وقت شاءت.

(٤) وبأنه وإن كان من فائدة الحكومة إحياء أموات الأراضى تصبح أراضيها عرضة للضياع، وإذا كان كل غارس وبان وزارع يصبح مالكًا بمجرد غرسه أو زرعه أو بنائه، وقد يضيع الصالح بجوار غيره إذا فتح الباب على مصراعيه، فالأولى سدًا للذرائع جعل الملكية للموات محصورة فى الإذن، والمادة ٥٧ تقبل ذلك[٢]. ولا تمنعه.

٦١ ـ من كل ما تقدم يستفاد أن القانون المدنى يتقارب من مذهب أبى حنيفة فى الجملة، فهو لم يعتبر الأراضى التى لامالك لها من الناس خالية من الملاك، بل اعتبرها ملكًا للدولة، وهى بهذا تمتاز عن سائر المباحث، وبما يقرب من ذلك قال أبو حنيفة، ولم يعتبر مجرد إحياء الموات فى نظر القانون المدنى سببًا للملكية؛ بل اشترط فى بعض تخريجاته، وهو ما نميل إليه، إذن ولى الأمر مع الإحياء؛ ليكون الملك تامًا.

وموضع الخلاف بين الفقه والقانون أن القانون المدنى اعتبر وضع اليد بالإذن سببًا للملكية مع أن أحدًا من الأئمة لم يقل ذلك فى الإحياء، لأن التحجير لايعتبر سببًا للملكية باتفاق الأئمة؛ إلا إذا فرضنا أن الإذن من الحكومة تمليك

(١) وهو ترك مدة خمس السنوات من غير استغلال فى مدة الخمس عشرة سنة.

(٢) قد لخصنا أدلة الفريقين من كتاب الملكية العقارية فى مصر.



وهبـة، وعلى ذلك لايكون السـبب فى الملكية وضع اليـد، ولكن السـبب الهبـة والإعطاء.

وعلى أية حال يلاحظ أن فى هذا فـرقًا بين الشريعة والقـانون فى الإحياء، ولكن يلاحظ أن المادة السـابعة والخمـسين عبـرت بالأراضى غيـر المزروعة؛ وربما شمل ذلك الموات وغيره من الأراضى؛ إذ عسى أن يكون من الأرض غير المزروعة ما هو صالح للزراعة، ولكن الإهمال هو الذى جعلها غير مزروعة.

وهناك فرق آخـر بين القانون والأقوال الراجـحة فى الشريعة، وهو سـقوط الملكية بعد الزرع والإحيـاء، إذا ترك الاستعمال خمس سنوات، فإن أكثـر الفقهاء لايقر سقوط الملك بعد الإحياء، ولو عاد مواتًا.

وخـالف فى ذلك مالك فـقط. ومع ذلك لانرى فى مـذهبـه تقدير التـرك بخمـس سنوات، ولاتقيـيدها بأن يكون فى مـدة خمـسة عـشر عامًـا من تاريخ الإحياء، على أية حال نرى أن القانون فى هذه الجزئية أقرب إلى مذهب مالك من غيره.

الاستـيلاء على الركـــاز

٦٢ ـ الركاز فى اللغـة جمع ركزة، وهى قطعة من جـوهر الأرض المركوز فيها، ويصح أن يكون اسم جنس جمعى مفرده ركازة، وهى بمعنى ركزة.

وعلى ذلك فالركاز كل مـا يشتمل عليه باطن الأرض من جوهر، هو فـيها بأصل خلقـها وتكوينها، كـالذهب الغفل والفـضة، والأحـجار الكريمـة والفحم الحجرى، ونحوه، ويسمى معدنًا، أو بوضع الإنسان، ويسمى كنزًا.

لقد جاء فى القـاموس ما نصه : «الركاز ما ركـزه الله تعالى من المعادن أى أحدثـه، ودفين أهل الجـاهلية، وقطع الفـضة والذهب من المـعدن، وأركـز وجد الركاز»(١).

---

(١) وبمثل ذلك ورد فى أساس الـبلاغة للزمـخشرى. ولذا جـاء فيه : «أركـز : أصاب، ركازًا أو مـعدنًا أو كنزًا».



على ذلك يكون التفسير اللغوى للركاز شاملا للمعادن والكنوز سواء أكانت مودعة باطن الأرض قبل الإسلام أم كانت مودعة بعده.

ولكن عرف بعض الفقهاء خالف ذلك العموم اللغوى، ولذا جاء فى النهاية لابن الأثير عند تفسير كلمة الركاز فى الحديث : «وفى الركاز الخمس» ما نصه : «الركاز عند أهل الحجاز [1] كنوز الجاهلية المدفونة فى الأرض، وعند أهل العراق المعادن، والقولان تحتملهما اللغة؛ لأن كلا منهما مركوز فى الأرض أى ثابت، ويقال ركزه يركزه ركزًا إذا دفنه».

وهنا نجد الفقهاء قد اختلفوا فى معنى الركاز الوارد فى الحديث السابق، فمالك والشافعى وكثيرون من الفقهاء يقصرون الركاز على دفين أهل الجاهلية، وأبو حنيفة والثورى وغيرهما يقولان إن الركاز يشمل نوعين : المعدن، والكنز، لأنه فى اللغة كذلك، وليس ثمة مقتض للتفريق بين المعنى اللغوى والشرعى، وجعل هذا أخص من ذلك، والتخصيص بحكم، لادليل عليه، بل قد ذهب بعضهم إلى أن الركاز حقيقة فى المعدن مجاز فى الكنز سواء أكان جاهليًّا أم إسلاميًّا وإن ذلك الاختلاف كان أساس اختلاف الآراء الفقهية.

٦٣ ـ وقد انبنى على اختلاف الفقهاء فى معنى الركاز اختلافهم فى أحكام المعادن التى تكون فى باطن الأرض، فمالك رضى الله عنه لم يخمسها لأنها ليست ركازًا، وعنده قولان فى أحكام المعادن، وقد ذكرهما ابن رشد فى مقدماته.

(أحدهما) أن المعادن ملك الإمام، وليست بملك لصاحب الأرض والأمر فيها إلى الإمام يقطعها لمن يشاء، ويعطيها لمن يعمل فيها بوجه الاجتهاد طول حياته أو مدة من الزمان من غير أن يملك أصلها، وتؤخذ منه الزكاة إن كان فيها زكاة.

---

(١) الراجح أنه يريد من أهل الحجاز وأهل العراق فقهاء الحجاز، وفقهاء العراق، ولايصح أن يريد عموم الناس فى الإقليمين، وإلا كان ذلك إطلاقًا لغويًّا مختلفًا فى الإقليمين ويكون متناقضًا لقوله بعد ذلك : والقولان تحتملهما اللغة.

ولقد قطع النبى ﷺ لبلال بن الحارث المزنى معادن من معادن القبلية[1]، وكان لايأخذ منها الزكاة، ولأن الذهب والفضة فى الأرض أقدم من ملك المالكين، وملكهم إنما عرض لظاهر الأرض دون ما فى جوفها، فبقى ما فى جوفها فيئًا للمسلمين، يتولاه عنهم ولى أمرهم وينفق فى مصالحهم.

وهذا القول يتفق مع ما يدعو إليه الاشتراكيون فى أوربا، فهم يدعون إلى أن تكون المناجم ملكًا للدولة، لأنها مصدر عظيم للثروة، يدر الربح الكثير من غير عمل يتناسب مع ما يأتى به من در وخير، وملكيتها لآحاد تؤدى إلى أن يكون فى الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل، وبجوارهم من ينالهم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيرًا يتفق مع ما بذلوا من كد ولغوب، والثروة لاتكون موزعة توزيعًا عادلا متناسبًا يجعل حياة الجماعة منسجمة متلائمة؛ إذ يكون بعض الناس يملكون القناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث والسيارات قد خرجت على الناس بزينتها أو ما تحمل من متع الحياة ولهوها مخترقة الميادين والسبل، وبجوار هؤلاء الرافهين بزخرف الحياة الدنيا وزينتها قوم لايجدون ما يتبلغون به، قد علتهم صفرة ترهقها من شدة الجوع والفاقة. فكان من العدل أن تكون المناجم، وهى تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكًا للدولة، وتوزع أنزالها على الفقراء والمساكين والمتعطلين، والغارمين، وفى سبيل الله، وابن السبيل.

هذه وجهة نظرهم فى هذا الزعم، وتلك نتيجة مقدماتهم، ولاشك أن ذلك القول من مذهب مالك يتلاقى فى جملته مع بعض ما تنتجه مقدماتهم، وبعض ما ترمى إليه آراؤهم.

القول الثانى : أن المعادن تابعة للأرض، فإن كانت فى أرض حرة أو فى أرض العنوة[2] أو فى الفيافى والجبال التى هى غير مملوكة لأحد كان أمرها إلى الإمام يقطعها لمن يعمل فيها، أو يعامل الناس على العمل فيها لجماعة المسلمين على ما يجوز له، ويأخذ منها الزكاة إن كانت الزكاة فيها واجبة.

---

(١) نسبة لقبل موضع على ساحل البحر بينه وبين المدينة سير خمسة أيام.
(٢) الأرض العنوة (الأرض الخراجية)، وهى مملوكة للدولة فما فى جوفها ملك لها أيضًا.

وإن كانت الأرض مملوكة فهى لصاحب الأرض، لأنها تكون بمنزلة ما ينبت فيها من نبات.

وقد رد هذا الدليل بأن المقايسة ليست كاملة بين الزرع والمعادن؛ لأن الزرع ينبت بعد الملك، فهو ثمرة من ثمراته، وأما المعادن فهى فى الأرض من قبل طروء الملك عليها، وما كانت داخلة فى ملك مالك عند وجود أسبابه.

وعلى هذا القول تكون الزكاة واجبة فى الذهب والفضة بمجرد العثور عليهما إذا كانا قد بلغا نصاب الزكاة، ولايشترط أن يحول الحول لوجوبها، لأن الذهب والفضة لما وجدا فى الأرض كانا نماء لها، فأشبها الزرع من هذه الناحية، والزرع تجب فيه الزكاة من غير اشتراط الحول، ومن غير اشتراط الخلو من الديون.

غير أن الزكاة، وهى ربع عشر الخارج تجب فى معدن الذهب والفضة إذا خرج بجهد ومشقة وعمل كثير، أما إذا خرج بغير جهد كبير، بل بعمل يسير أو بغير عمل ففيه الخمس لبيت المال، ولايكون فيه مقدار الزكاة فقط؛ لأنه فى هذه الحال يشبه دفين الجاهلية، وفيه الخمس لبيت المال.

٦٤ ـ هذا مذهب مالك فى المعدن، ومذهب الشافعى فيه قريب من القول الثانى، فهو لايرى أن ليس فى غير الذهب والفضة من المعادن شىء يؤخذ، ويرى أنه لايؤخذ شىء إلا إذا ما استخرج من باطن الأرض حد الزكاة، لأن ما يؤخذ إنما هو على سبيل الزكاة، ويختلف عن القول الثانى فى مذهب مالك فى ثلاث نقط:

(الأولى) أن الأرض المباحة يكون المعدن فيها على مذهب مالك للإمام، على ماذكرنا، وأما عند الشافعى، فيكون المعدن لمن وجده، وتجب الزكاة إن بلغ نصابًا.

(الثانية) أن الزكاة هى الواجبة سواء ما استخرج كان بجهد يسير أم بجهد كبير وذلك عند الشافعى.

أما مالك، فقد علمت أن الخارج بجهد يسير أو بغير جهد قط، فالواجب فيه الخمس.

(الثالثة) أن الحول شرط فى بعض الأقوال عند الشافعية، ولذا جاء فى المهذب ما نصه : «ويجب حق المعدن بالوجود، ولايعتبر فيه الحول فى أظهر القولين؛ لأن الحول يراد لتكامل النماء وبالوجود يصل النماء، فلم يعتبر فيه الحول كالعشر، وقال البويطى لايجب حتى يحول الحول؛ لأنه زكاة فى مال تتكرر فيه الزكاة، فاعتبر فيها الحول كسائر الزكوات».

٦٥ ـ هذا قول الإمامين الجليلين الشافعى ومالك فى المعدن، وبنيا أقوالهما على أن المعدن غير الركاز، ولو كان المعدن داخلا فى عموم الركاز لكان داخلا فى عموم الحديث الشريف : «وفى الركاز الخمس».

أما الحنفية، فهم يعدون المعدن من الركاز، ولذا يقولون إن المعادن التى تذوب بالنار يجب فيها الخمس، لأن كلمة الركاز تشمل المعادن التى تذوب بالنار، بل على التحقيق الركاز حقيقة فيها مجاز فى غيرها، ولنترك القلم لأبى يوسف رحمه الله يوضح المذهب، فقد قال فى كتاب الخراج ما نصه :

«فى كل ما أصيب من المعادن من قليل أو كثير الخمس، ولو أن رجلا أصاب فى معدن أقل من وزن مائتى [1] درهم أو أقل من وزن عشرين مثقالا فإن فيه الخمس، ليس هذا على موضع الزكاة، إنما هو على موضع الغنائم، وليس فى تراب ذلك شىء.

إنما الخمس فى الذهب الخالص، وفى الفضة الخالصة، والحديد والنحاس والرصاص. ولايحسب لمن استخرج ذلك من نفقته عليه شىء إلا بعد تصفيتها؛ قد تكون النفقة تستغرق ذلك كله؛ فلايجب إذن فيه خمس عليه، وفيه الخمس حين يفرغ من تصفيته قليلا كان أو كثيرًا، ولايحسب له من نفقته شىء.

وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة، مثل الياقوت والفيروز والكحل والكبريت والمغرة فلا خمس فى شىء من ذلك إنما ذلك كله بمنزله الطين والتراب.

(١) وزن مائتى الدرهم من الفضة أو العشرين مثقالا من الذهب هى نصاب الزكاة.



ولو أن الذى أصاب شيئًا من الذهب أو الفضة، أو الحديد، أو الرصاص، أو النحاس كان عليه دين فادح لم يبطل ذلك الخمس عنه، ألا ترى لو أن جندًا من الأجناد أصابوا غنيمة من أهل الحرب خمست، ولم ينظر أعليهم دين أم لا، ولو كان عليهم دين لم يمنع ذلك من الخمس».

ولم يقتصر أبو يوسف فى أخذ الخمس على ما يستخرج من باطن الأرض بل أوجب أخذ الخمس فيما يدسره البحر من حلية ولآلئ؛ ولذا قال فى كتاب الخراج :

«وسألت يا أمير المؤمنين عما يخرج من البحر من حلية وعنبر، فإن فيما يخرج من البحر من الحلية والعنبر الخمس، وأما غيرهما فلاشىء فيه، وقد كان أبو حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله يقولان : ليس فى شىء من ذلك أخماسه لمن أخرجه، لأنا قد روينا فيه حديثًا عن عمر رضى الله عنه، ووافقه عليه عبد الله ابن عباس . . فقد روى عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما استعمل يعلى بن أمية على البحر، فكتب إليه فى عنبرة وجدها رجل على الساحل يسأله عنها وعما فيها، فكتب إليه عمر : «إنه سيب من سيب الله، فيها وفيما أخرج الله جل ثناؤه من البحر الخمس» وقال عبد الله بن عباس : «وذلك رأيى».

٦٦ ـ والذى يستفاد من كلام أبى يوسف فى كتاب الخراج بصدد بيان مذهبه وسائر الحنفية، ومما تذكره كتب الفقه أن المعادن ثلاثة :

(١) معادن صلبة تذوب بالنار وتنطبع، كالذهب والفضة والحديد والنحاس وغيرها، مما يشبهها من فلزات الأرض.

(٢) ومعادن صلبة غير قابلة للانطباع والذوب بالنار كالجص والكحل والفحم الحجرى، والماس، والأحجار الكريمة التى تستخرج من باطن الأرض.

(٣) ومعادن سائلة كالزئبق والنفط.

وقد جعل الخمس فى القسم الأول باتفاق الحنفية وحجتهم فى ذلك :

(أ) أن جل الأراضى الخراجية والعشرية كانت تحت أيدى غير المسلمين، ولما فتحها الله على المسلمين صارت بمقتضى هذا الفتح فى قبضة ولى أمر المسلمين

يصرفها فى مصلحة المسلمين بما يراه أقرب إلى الإصلاح والعدل، وأبعد عن الظلم والفساد، فإما أن يبقيها فى يد المغلوبين، ويفرض عليها خراجًا، وإما أن يوزعها على الفاتحين، ويأخذ منها العشر مما ينتج من زرع. وسواء أبقاها فى أيدى أصحابها أم انتزعها ووزعها على الغزاة فتصرفه فيها لايعدو ظاهر الأرض وأجزاءها التى هى من جنسها كالأحجار والمعادن الحجرية.

أما المعادن التى ليست من جنس الأرض، وهى الفلزات التى تذوب بالنار وتقبل الطرق والسحب فالتصرف لم يتناولها، وهى باقية على أصل يد الإمام ويكون حكمها حكم سائر الغنائم خمسها لبيت المال، قال الله تعالى : ﴿**واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل**﴾. [الأنفال : آية ٤١]. إذن المعادن التى توجد فى الأراضى التى لامالك لها، يكون خمسها لبيت المال، لأن لها حكم هذه الغنائم، وأربعة الأخماس تكون للواجد، وقد يقال إن مقتضى منطق هذه الفكرة وتساوق أجزائها أن ترد أربعة الأجزاء للغزاة من الفاتحين بمقتضى أحكام الغنائم المقررة فى الفقه الإسلامى، فإن لم يكونوا على قيد الحياة فلورثتهم، فإن لم يعرف الفاتحون أو ورثتهم فلبيت المال، وقد أجيب عن هذه بأن أيدى الفاتحين كانت ثابتة على ظاهر الأرض بمقتضى الفتح، وثبوتها على ما فى باطنها حكمى على أنه ثمرة الاستيلاء على الظاهر، وقد كان لهذا كافيًا لإثبات خمس بيت المال، ولكن لاتكفى تلك اليد الحكمية لإثبات حق الغانمين؛ لأن يد الواجد يد حقيقية. واليد الحكمية لاتعارض اليد الحقيقية فى إثبات الملكية، لذلك كان الواجد أولى بأربعة الأخماس من الغانمين [1].

(ب) قال الرسول ﷺ : «العجماء جبار [2]، والبئر جبار، والمعدن جبار، والركاز الخمس» . . وقد أخذ أبو حنيفة وأصحابه من هذا الحديث دليلا على أن

---

(١) راجع فى هذا الهداية، وفتح القدير، والعناية والزيلعى والبدائع.

(٢) جبار معناه هدر، ففسره المالكية والشافعية بمعنى أنه لاشىء فيه خمسًا أو غيره، والركاز على هذا يجب أن يكون شيئًا غير المعدن، وفسروه بأنه دفين الجاهلية من الكنوز.

المعادن يجب فيها الخمس إذا كانت من غير جنس الأرض؛ لأن كلمة الركاز تشملها، إذ الركاز جمع ركزة أو ركازة، وهما يطلقان على جواهر الأرض المدفونة فيها، وعلى ذلك يكون فى المعادن التى تعتبر دفينة فى الأرض - وهى ما ليس من جنسها - الخمس لبيت المال بمقتضى الحديث.

ولاينفى هذا الاستدلال، قول النبى ﷺ فى صدر الحديث «والمعدن جبار» أى هدر لأن ذلك ليس معناه لاشىء فيه من الواجبات والفرائض المالية الواجبة لبيت المال، بل إن المراد أن من يهلك بسببه أو من يهلك بسبب العجماء أو بسبب الوقوع فى البئر، فقد هلك من غير دية واجبة، ويطل دمه ويذهب هدراً.

وقد كان العرب قبل الإسلام إذا عطب الرجل منهم فى قليب[1] جعلوا القليب عقله، وإذا قتلته دابة جعلوها عقله، وإذا قتله معدن جعلوه عقله[2]، فبين النبى ﷺ أن شيئًا من هذه الأشياء لايكون عقلا لمن يقتل بسببها من غير تسبب أصحابها.

وناسب بعد بيان حكم المعادن والمناجم إذا قتل فيها شخص أن يبين حق بيت المال فيها، وهو حق الله سبحانه وتعالى، فبين أنه الخمس، وعلى ذلك لايكون صدر الحديث منافيًا لتفسير الركاز بما يشمل المعادن، بل على النقيض من ذلك يمهد له، ويهيىء الأذهان لتقبله.

وفى الحق أن ذلك الحديث موضع تنازع الشافعية والحنفية فى الاستدلال، فالشافعية اتخذوا منه دليلا على أن المعادن لاخمس فيها، لأن صدر الحديث بين أنها جبار لاشىء فيها، وأن الركاز مقصور على دفين الجاهلية.

والحنفية يتخذون من الحديث حجة لهم على النحو الذى بيناه، وإنا نميل إلى تخريج الحديث على مقتضى مذهب الحنفية، لأننا لو فسرنا كلمة جبار بمعنى لاشىء فيه، كان المعنى أن كل معدن لاشىء فيه، وكل دابة لاشىء فيها مع إجماع العلماء على أنه من الدواب ما فيه الزكاة، ومن المعادن ما فيه الزكاة، وإذن

---

(١) القليب : البئر، والعقل : الدية.

(٢) راجع فى هذا كتاب الخراج لأبى يوسف.

فالأولى أن تفسر كلمة جبار بما لا يتنافى مع ما هو مقرر فى الشرع الإسلامى، وهو ما فسرها به الحنفية، وهذا التفسير فوق ذلك مأثور، فهو أحرى بالقبول.

(جـ) قال رسول الله ﷺ : «فى السيوب الخمس» والسيوب هى عروق الذهب والفضة، وإذا كان الذهب والفضة قد وجب فيها الخمس، فكل ما يشبههما فى خواصهما من قابلية للانصهار والتمدد بالحرارة والطرق والسحب والانطباع له حكمهما، لأنه ليس من جنس الأرض مثلهما، فهو دفين فيها فله حكمهما.

٦٧ ـ وإذا كان الخمس فى المعادن القابلة للانطباع لبيت المال فأربعة الأخماس للواجد، وذلك بالاتفاق عند الحنفية إذا كانت الأرض ليس لها مالك.

وإذا كانت الأرض مملوكه ملكًا خاصًا، ففى المسألة روايتان :

رواية أنه لاخمس فيها لبيت المال، بل يكون كل المعدن لمالكها؛ ذلك لأن المالك قد ملك الأرض بكل أجزائها. ولاشك أن المعادن كيفما كان نوعها تعتبر من أجزاء الأرض، لا من دفائنها، وعلى ذلك يكون لها حكم الأرض فى ملكيتها لصاحبها.

والرواية الثانية : وهى رواية الجامع الصغير عن أبى حنيفة وهى رأى الصاحبين ـ أنها يؤخذ منها الخمس، وأربعة الأخماس تكون للمالك، وهذا هو الراجح، لما ذكرنا من الأدلة، وما سقناه من البراهين، فإنها بعموم ما تنتج من أحكام تشمل معادن الأراضى والأراضى غير المملوكة، ولادليل على تخصيصها بمعادن غير المملوكة، فما لم يقم الدليل، فالنتيجة على عمومها.

٦٨ ـ وإن كان هذا المعدن فى دار لا فى أرض زراعية، فقد اختلف فيه الإمام وصاحباه، فالصاحبان يريان أن فيه الخمس لبيت المال، وأربعة الأخماس للمالك؛ لعموم الأدلة التى تثبت أن فى المعادن الخمس لبيت المال. وقد بيناها فى النبذة السابقة.

وقال الإمام : إنها لاخمس فيها، بل كلها لمالك الأرض.

وحجته فى ذلك أن الضرائب المالية لاتفرض على الدور فى الإسلام؛ لأن المفروض فى الدور أنها من حاجات الإنسان الأصلية، وقد كانت كذلك فى غابر



الأزمان فى عصر ازدهار النهضة الفقهية الإسلامية، بل كانت الضرائب خراجًا أو عشرًا على الأراضى الزراعية. وإذا كانت الدور بمقتضى ما تنتجه قواعد الفقه الحنفى ليس عليها مؤن ولا فرائض مالية، فكذلك كل ما يتصل بها، وكل ما هو من أجزاء أرضها لا مئونة فيه، ولاضرائب تجبى منه، والمعادن كيفما كانت حالها جزء من أرض الدار إن وجدت فيها فلها حكمها، فلايكون ثمة فريضة مالية، وعلى ذلك لايكون فيها خمس.

٦٩ ـ تبين مما تقدم أن المعادن التى تقبل الانصهار بالنار والانطباع فيها الخمس باتفاق فقهاء الحنفية فى الجملة، وإن اختلفوا فى بعض التفصيل على النحو الذى ذكرناه، وقد اتفقوا على أنه لاخمس فى المعادن الحجرية، لأنها جزء من الأرض ومن جنسها، فهى تابعة للأرض من كل الوجوه، فإن كانت الأرض لامالك لها، فهى لواجدها، وإن كانت الأرض مملوكة فهى لمالكها، وكذلك اتفقوا على حكم المعادن السائلة ما عدا الزئبق؛ فلاخمس فيها بالاتفاق، لأنها تشبه الماء، فهى لمحرزها؛ لأن الماء يملك بالإحراز، ولا خمس فيه لبيت المال.

ولكن اختلفوا فى موضعين :

أحدهما فى الزئبق أن فيه الخمس أم لا خمس فيه ؟ وفى لآلىء البحار أفيها الخمس أم لا ؟

فأما الزئبق، فقد قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما أن فيه الخمس لأنه يشبه الرصاص، فهو من الفلزات المعدنية وإن كان سائلا.

وقال أبو يوسف : إنه سائل، فهو كالزيوت الأرضية كالبترول ونحوه.

وقد كان هذا رأى أبى حنيفة، والأول رأى أبى يوسف، ولكن رجع كلاهما عن رأيه إلى الآخر، فقد جاء فى البدائع وشرح الزيلعى أن أبا يوسف قال : «سألت أبا حنيفة عن الزئبق فقال لاخمس فيه، فلم أزل به حتى قال فيه الخمس، وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد، ثم بلغنى بعد ذلك أنه ليس كذلك، وهو بمنزلة القير والنفط».

وأما ما يوجد فى البحار من لآلئ وعنبر، بل ذهب وفضة وغيرهما من المعادن فلا خمس فيه عند أبى حنيفة ومحمد؛ لورود الآثار عن ابن عباس أنه قال لاخمس فيه، ولأن سبب الخمس فى المعادن التى ذكرناها يد الإمام على الأراضى المفتوحة، وما فى باطنها، وليس للإمام يد على البحار، ولأن مايؤخذ من البحار يشبه الأسماك التى تصاد منها وليس لبيت المال الخمس فى الأسماك.

وقال أبو يوسف : فيما يلقيه البحر الخمس، وحجته فى ذلك أن عمر رضى الله عنه أخذه منه.

٧٠ ـ ما ذكرناه كله كان فى المعادن، وهو خلاصة آراء الأئمة فيها، أما الكنوز فقد اتفق الفقهاء على أن ما كان عليها شعار يدل على أنها دفنت فى الأرض بعد الإسلام فهى كنوز إسلامية، تجرى عليها أحكام اللقطة، فيعرف لاقطها عنها المدة المقررة لأمثالها من الأشياء، فإن عرف مالكها أخذها، وإن لم يعرف مالكها، تصدق بها على الفقراء والمساكين وغيرهم من مصارف الصدقات. ولامانع حينئذ من أن ينفقها فى شئونه الخاصة إن كان فقيراً تجرى عليه الصدقة، وتجزئ فيه الزكاة.

وإذا لم يكن على الكنوز شعار يدل على أنها دفنت قبل الإسلام، كما لم يكن ما يدل على أنها دفنت بعده فالفقهاء الأقدمون كانوا يقولون أنها تكون جاهلية، ويجرى عليها أحكام الكنوز الجاهلية التى سنبينها فيما يأتى، لأن الأغلب الشائع فى عصرهم أن الكنوز الجاهلية من وضع أهل الجاهلية، ولكن خلف من بعد هؤلاء الفقهاء خلف رأوا تطاول العهود الإسلامية، وتقادم العهود الجاهلية، وبعد المدى بينهم وبينها، فاعتبروا لذلك كل كنز ليس عليه شعار يدل على دفنه فى الجاهلية أو بعد الإسلام، إسلاميًا، إذ ذلك هو القريب إلى الظن الراجح، لطول الأمد، وتقادم الأزمان، وهذا كلام فى ذاته مقبول.

٧١ ـ هذا بإيجاز رأى العلماء فى الكنز الإسلامى، أما رأيهم فى الكنز الجاهلى، وهو دفين أهل الجاهلية الذى اشتمل على ما يدل على ذلك، أم لم يفهم دليل على أنه دفين أهل الإسلام على الخلاف الذى أسلفناه ـ فقد اتفقوا على أساس فيه، وهو أخذ خمسه لبيت المال، وذلك لاتفاقهم على انطباق الحديث

المشهور (وفى الركاز الخمس) عليه، وإن اختلفوا فى أنه يشمل المعادن أو لايشملها.

٧٢ ـ ومع اتفاقهم على هذا الأصل، وهو أن دفين الجاهلية فيه الخمس لبيت المال اختلفوا فى تفصيلات حول هذا الأصل.

وجملة ما اختلفوا فيه :

(١) نوع الدفين الذى يجب فيه الخمس.

(٢) والأراضى التى يجب فيما يوجد فيها من الدفائن الجاهلية الخمس.

(٣) ومقدار الدفائن التى تخمس.

أما نوع الدفين فقد قال فقهاء الحنفية المالكية، إن كل دفين ذى قيمة سواء أكان من المعادن القابلة للانصهار أم من المعادن الحجرية كالياقوت والماس يخمس؛ وذلك لأنه فى معنى الغنائم إذ هو على حكم ملك الجاهليين، واستولى عليه، والغنائم يؤخذ خمسها لبيت المال، ولأن النص «فى الركاز الخمس» يشمله من غير تفرقة بين معدن ومعدن، ولابين نوع ونوع.

وفى مذهب الشافعى أن الأثمان، وهى الذهب والفضة فيها الخمس إن كانت من دفائن الجاهلية، أما غيرالأثمان ففى الذهب القديم يجب الخمس؛ لأن عليه حقًّا مقدرًا بالخمس، فلم يختص بالأثمان كخمس الغنيمة. وقال فى الجديد: لايجب الخمس فى غير الأثمان؛ لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاختص بالأثمان كالمعدن عنده.

مثل هذا جرى الخلاف فى اشتراطه مقدار نصاب الزكاة فى الدفين، فالأئمة والمذهب القديم عند الشافعى لايشترطون لثبوت الخمس نصابًا، لأن الخمس لايؤخذ على موضع الزكاة، بل يؤخذ على أنه غنائم، الغنائم تخمس أيًّا كان مقدارها، لأن ما يخمس كثيره يخمس قليله.

وفى مذهب الشافعى الجديد لايخمس ما دون النصاب، لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن عنده.

أما الأراضى التى يؤخذ خمس ما فيها من كنوز الجاهلية، فهى كل الأراضى من غير قيد ولاشرط، سواء أكانت أراضى خراجية أم أراضى عشرية، وسواء أكانت مباحة أم مملوكة ملكًا خاصًّا، وسواء أكانت جبالا أم صحراء أم مزارع.

وفى مذهب الشافعى أن الخمس لايؤخذ إلا من الكنز الجاهلى الذى وجد فى أرض موات أو أرض غير موات لم يعرف مالكها، لأن الموات لامالك له، وما لايعرف مالكه بمنزلة الموات، وأما فى غير هذين النوعين من الأراضى فلا خمس، بل كله للمالك، إذا كان المالك مسلمًا أو ذميًّا.

٧٣ ـ هذه خلاصة ما يقال فى نوع الكنز الجاهلى الذى يجب فيه الخمس، ومقداره، والأراضى التى يوجد فيها الاختلاف فى ذلك، ومنه يتبين أن مذهب الحنفية لايعين فيه نوعًا خاصًّا ولا مقدارًا خاصًّا، ولا أرضًا خاصة، بل فيه كله الخمس.

أما أربعة الأخماس، فمذهب أبى يوسف أنها للواجد، وكذلك الشافعى، لأن الشافعى لايفرض الخمس فى ركاز إلا فى أرض ليس لها مالك، فمن البداهة أن تكون أربعة الأخماس للواجد؛ لأنه لامنازع ينازعه.

أما أبو يوسف الذى يفرض كسائر الحنفية أن الخمس حق مقرر لبيت المال فى الكنوز الجاهلية كلها، مهما تكن حال الأراضى التى يكون فيها، فحجته فى حكمه بأن أربعة الأخماس تكون للواجد ـ أن هذه الكنوز غنيمة والغنائم لمن استولى عليها، وأول مستول عليها فى الإسلام هو الذى وجدها وعثر عليها، فهو بهذا الاعتبار المالك لها، وما الخمس الذى يؤخذ منها إلا على هذا الوجه، ولأن أول مالك للأرض فى الإسلام الذى اختطها الإمام له، وأعطاه إياها ما ملك إلا الأرض وما هو من أجزائها، ولاشك أن هذه الكنوز ليست جزءًا من الأرض فلا يرد عليها ملك المالك الذى اختطت له، وإذا باع المالك الأرض لغيره فالبيع ما وقع إلا على ما يملك وهو الأرض وأجزاؤها، والكنز الجاهلى ليس منها، بل هو باق على أصله، وهو كونه غنيمة بحكم أنه مال جاهليين محاربين، فهو لأول مستول عليه، وهو الواجد، ولبيت المال الخمس.

وقال أبو حنيفة ومحمد، وهو مذهب مالك : إن أربعة الأخماس تكون للواجد إن كانت الأرض غير مملوكة لأحد، وأما إذا كانت مملوكة ملكًا خاصًّا فهى لأول مختط فى الإسلام، أى لأول من تلقى ملكية هذه الأرض من الإمام عندما فتحها المسلمون، ووزعها الإمام، فإن لم يكن المختط حيًّا فلورثته. فإن لم يعرف أول مختط ولا ورثته، فقيل تكون لبيت المال؛ لأنه وارث من لايعرف له وارث، وقيل تكون لأقصى مالك معروف فى الإسلام، ولورثته من بعده ثم لبيت المال، وعلى أية حال فلب الفكرة أن أربعة الأخماس لاتعطى لمالك الأرض وقت العثور على الكنز باعتباره مالكًا لها الآن، ولا تعطى للواجد وإنما تعطى لأول مختط على التفصيل الذى بيناه.

ووجهة نظر أولئك الأئمة فى البحث عن أول مختط أو ورثته، وإعطائه أربعة الأخماس أن الإمام عندما أعطاه الأرض، إنما ملكه إياها، لأنه هو وسائر الفاتحين قد استولوا على الأرض بما فيها، لأن الاستيلاء واقع على الجميع. ولذلك يكون توزيع الإمام للأراضى واقعًا على الأرض وما فيها أيضًا، فيكون صاحب الخطة على تلك الأرض التى ظهر فيها الكنز الجاهلى مالكًا للكنز بمقتضى امتلاكه للأرض بتوزيع الإمام.

وانتقال الملك من صاحب الخطة إلى غيره بعقد من عقود نقل الملكية يرد على الأرض من غير الكنوز التى فى داخلها؛ وذلك لأن العقود ترد على ما هو محلها، وموضعها، وموضع العقد الأرض لا ما فى باطنها، والذى لاحظه العاقدان عند العقد هو الأرض من غير أن يلاحظ ما فى باطنها، وعلى ذلك تكون أربعة الأخماس من الكنوز الجاهلية لصاحب الخطة ولورثته من بعده، ولو انتقلت ملكية الأرض لغيرهم، لأن العقود الناقلة للملكية لم ترد عليها، فلم تنقل من صاحب الخطة أوورثته.

ونظير ذلك من يصطاد سمكة قد ابتلعت لؤلؤة، أو يصطاد طائرًا قد ابتلع فصًّا من الأحجار الكريمة، ثم يبيعها غير عالم بما فى باطنها، فإن ملكية اللؤلؤة والحجر الكريم الثابتة بالاستيلاء لاتزول بعقد البيع؛ لأن عقد البيع قد ورد على السمكة من غير اللؤلؤة، وعلى الطيور من غير الحجر الكريم، فالملكية فيها تستمر ثابتة للصائد بمقتضى الاستيلاء.

٧٤ ـ هذه كلمات موجزة فى أحكام المعادن والكنوز فى الشريعة الإسلامية، والأصول التى بنيت عليها، والآن نريد أن نشير إلى كلمة القانون المدنى المصرى فى المعادن والكنوز.

أما المعادن فيعتبرها القانون تابعة للأرض فى ملكيتها، فإن كانت الأرض مملوكة ملكًا خاصًا فهى لذلك المالك، وإن كانت مملوكة للدولة ملكًا خاصًا أو عامًا فهى للدولة، لأن من ملك الأرض قانونًا ملك ما فوقها، وما تحتها، وما على سطحها، وما فى داخل جوفها، لا فرق فى ذلك بين أن يكون فلزًا من فلزّات الأرض، أو حجرا من أحجارها، أو ينبوعًا من ينابيعها الزيتية.

أما الكنوز، فهى لمالك الأرض إن كانت الأرض مملوكة، ولواجدها إن كانت الأرض غير مملوكة، وذلك إن كان الكنز غير معروف صاحبه، فإن عرف صاحبه فهو له، وذلك من غير تفرقة بين كنز جاهلى وغير جاهلى غير أن هناك رسمًا مقررًا على ذلك قد بينته لائحة الرسوم.

وقد ذكرت تلك الأحكام المادة ٥٨ وهذا نصها : «المال المدفون فى الأرض الذى لايعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض، وإذا لم يكن للأرض مالك كان المال المذكور لمن وجده، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها».

وهذه الأحكام العامة فى الكنوز لاتطبق على الكنوز التى تكون ذات قيمة تاريخية فى التعريف بعصر من العصور، أو بأمر من أمور الأمة فى جيل من أجيالها، وهى تسمى بالآثار، فلذلك قانون قائم به مستقل هو القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٢.

وقد اعتبرت الحكومة بمقتضى هذا القانون كل أثر فى جميع أنحاء القطر المصرى يكون على سطح الأرض أو فى باطنها من الأملاك العامة إلا آثارًا قد استثناها هذا القانون نفسه(١).

وقد عرف ذلك القانون فى مادته الثانية الآثار بأنها «كل ما أظهرته وما أحدثته الفنون والعلوم والآداب والديانات، والأخلاق والصنائع فى القطر المصرى

---

(١) المادة الأولى من هذا القانون ـ راجع المجموعة المدنية.



على عهد الفراعنة، وملوك اليونان، والرومان للدولتين الغربية والشرقية، والآثار القبطية كمعابد وثنية، وما هو مهجور وغير مستعمل من كنائس كبرى أو صغرى وأديرة، وكحصون وأسوار مدن، وبيوت وحمامات، ومقاييس النيل، وآبار مبنية وصهاريج وطرق، ومحاجر أثرية ومسلات وأهرام، ومصاطب ومقابر مبنية أو محفورة فى الجبل ظاهرة كانت على وجه الأرض أو غير ظاهرة، ونقوش وتوابيت من أية مادة، مزخرفة كانت أو غير مزخرفة، وأغطية المومياء المصنوعة من الورق المقوى، وموميات الإنسان والحيوان والصور والوجوه للموميات ملونة كانت أو مذهبة، وشواهد القبور والتماثيل الكبيرة أو الصغيرة سواء أكان عليها كتابة أم لا.

والنقوش على الصخور، والشقف المرسوم، والنسخ المكتوبة على الرق أو القماش أو البردى والأسلحة والعدد والمواعين، والآنية والزجاج، والصناديق الصغيرة، وأدوات القرابين، وأقمشة الملابس، والملابس والزخارف، والخواتيم، والحلى والجعلان، والتمائم من أى شكل وأية مادة كانت، والمثاقيل، والعملة القديمة، والمسكوكات، والقوالب والحجارة المحفورة».

وترى من هذا النص أن بعض الكنز الجاهلى دخل فى عموم ذلك القانون وكان بعض آحاده، ولكن الآثار العربية وهى ما يعتبر بعضها كنزًا إسلاميًا لم تدخل فى هذه المادة لأن مدى تلك المادة لايتجاوز آثار اليونان والرومان، والآثار القبطية.

ولذا لايشمل ذلك القانون الآثار العربية، ولقد جاء حكمها فى القانون رقم ٨ لسنة ١٩٠٨ وفيه اعتبر الأصل فى الآثار العربية أن تكون ملكًا للدولة كالآثار المصرية واليونانية والرومانية، وقد اعتبر أثرًا عربيًا «كل ثابت أو منقول يرجع عهده إلى المدة المنحصرة بين فتح العرب لمصر، وبين وفاة محمد على مما له قيمة فنية أو تاريخية، أو أثرية باعتباره مظهرًا من مظاهر الحضارة الإسلامية أو الحضارات المختلفة التى قامت على سواحل البحر الأبيض المتوسط، وكانت لها صلة تاريخية بمصر، ويسرى حكم الآثار العربية على ما له قيمة فنية أو تاريخية أو أثرية من الأديرة والكنائس القبطية المعمورة، والتى تقام فيها الشعائر الدينية التى يرجع عهدها إلى المدة المنحصرة بين أوائل الدين المسيحى، وبين وفاة محمد على».

ومن كل هذا يستفاد أن الأصل فى الآثار سواء أكانت فرعونية أم مسيحية أم يونانية أم رومانية أم عربية أن تكون ملكًا للدولة.

وبذلك خالف القانون فى الآثار أحكام الشريعة فى الكنوز التى تعد منها سواء أكانت جاهلية أم إسلامية. كما خالفها فى الكنوز التى لاتعتبر آثارًا على ما بينا.

الصيد

٧٥ ـ الصيد اسم لكل حيوان ممتنع على الإنسان لايمكن أخذه واحتيازه إلا بعمل، إما لتأبده فى الفلاة أو طيرانه فى الهواء، أو سبحه فى أعماق الماء، وكل حيوان على هذا الوصف مباح لايعتبر مملوكًا لأحد، ما دام لم يسبق الاستيلاء عليه، فإن سبق أخذه بالاستيلاء عليه، ثم انطلق منه وأبق، فهو مملوك له وليس بمباح، فالغزال إن استولى عليه شخص، ثم أبق، وعليه علامة تدل على سبق الاستيلاء كطوق فى عنقه، فهو ملك لمن سبق إليه أولا؛ ومن عثر عليه ثانيًا يعتبر فى يده لقطة، يجب التعريف عنها حتى يعرف صاحبها، أو يتيئس اللاقط من معرفته على ما هو مقرر فى أحكام اللقطة، فيتصدق بها على الفقراء، أو تصرف فى مصارف الصدقات بتعبير أعم.

وإذا كان الحيوان الممتنع لم يثبت أن أحدًا استولى عليه من قبل، فهو مباح يملكه من يصطاده، واصطياده أن يمسكه بالفعل، كمن يطارد ظبيًا حتى يمسكه، وكمن يلقى شبكته ويستولى على السمك ويمسكه.

ويعتبر اصطيادًا كل فعل من شأنه أن يخرج الحيوان عن صفة الامتناع، وعدم القدرة عليه، ويشترط لأجل أن يكون هذا الفعل اصطيادًا مثبتًا للملكية شرطان:

أحدهما أن يجعل الفعل الحيوان غير قادر على الفرار والعودة إلى حاله الطبعية التى كان عليها. بحيث يصير فى مكنة الشخص أن يقبض عليه من غير أى معاناة.



ثانيهما أن يكون قاصدًا بذلك الفعل الاصطياد لا أمرًا آخر.

وعلى ذلك يكون من الاصطياد حفر حفرة لتكون شركًا تتردى فيه الظباء أو أى حيوان متوحش، فإذا وقع فيها ذلك الحيوان فبمجرد وقوعه يكون لحافر الحفرة، لوجود الاصطياد الذى هو من نوع الاستيلاء على المباح، بتحقق الشرطين، ومن يستولى عليه بعد ذلك يعد مغتصبًا له من حافر الحفرة لذلك الغرض.

ومثل ذلك فى الحكم من هيأ مكانًا فى حافة الماء لاصطياد السمك فيه، فجاء المكان سمك كثير، فأخذ يصفى الماء منه، حتى صارالسمك بحيث يؤخذ باليد من غير معاناة بآلة أخرى للاصطياد.

ولايعتبر اصطيادًا إذا حفر بئرًا ليستنبط منها ماء، فوقع فيها ظبى مثلا، ولذلك لايملك الظبى صاحب البئر بذلك الوقوع، بل يملكه أى مستول بعد ذلك، ولوكان غير صاحب البئر؛ لأنه ما أعد البئر للصيد بل للماء، فلم يتوافر الشرط الثانى، وهو القصد، ومثل ذلك فى الحكم ، من أعد بركة ليأوى إليها السمك، وقلل الماء منها، ولكن السمك مازال بحال لايمكن فيها أخذه إلا بآلة اصطياد، فإن السمك مازال غير ملوك لصاحب البركة، ويملكه أى شخص يستولى عليه، ولو كان غير صاحب البركة، وذلك لعدم توافر الشرط الأول، إذ مازال السمك ممتنعا، وليس فى قدرة الإنسان أخذه من غير آلة اصطياد.

وعلى هذا الأصل تتفرع فروع كثيرة، ليس فى ذكر بعضها كبير فائدة، وفى ذلك الإجمال غناء، وبملاحظته تعرف أحكام هذه الفروع.

حيازة المباح

٧٦ ـ الأشياء المباحة كالماء، والكلأ وأحطاب الجبال، وفواكهها التى لامالك لها وأحجارها ما دامت غير مملوكة لأحد، هذه كلها مباحة وحيازتها سبب لملكيتها، فأول محتاز لها هو المالك الأول لها، أنشأت ملكيته تلك الحيازة.

هذه قاعدة عامة لكل الأشياء المباحة تطبق على ما ينطوى عليه عمومها من جزئيات، وقد فصل الفقهاء الكلام فى نوعين من المباحات بعض التفصيل وهما الكلأ، والآجام، وإنا نساير الفقهاء فى ذلك فنقول كلمة موجزة فيهما لكثرتهما فى البلاد الزراعية، والمناطق ذوات الغابات.

فأما الكلأ فهو ما ينبت من الأعشاب بغير بذر أحد، وهو مباح سواء أنبت فى أرض غير مملوكة أم نبت فى أرض مملوكة، لعموم قوله ﷺ : هى شركة الناس أجمعين. وشركة الناس جميعًا هى الإباحة للكافة من غير تخصيص أحد، ولذلك اتفق فقهاء الحنفية من غير خلاف بينهم على أن الكلأ إذا نبت ولم يسق بفعل أحد، ولو فى أرض مملوكة يكون على الشركة العامة الطبعية، وهى الإباحة، ولكن اختلفوا فى العشب الذى ينبت فى أرض مملوكة من غير فعل أحد، ولكن يسقى بفعل صاحب الأرض، فقال بعضهم إنه ملكه : لأنه أحياه بالسقى، فخرج بذلك عن أصل إباحته، وقال الأكثرون، وهو رواية ظاهر الرواية؛ أنه باق على الإباحة الأصلية، لعموم الحديث، ولأن النبات نماء البذر، والبذر لم يكن مملوكًا لأحد، فنماؤه وهو الزرع باق على حالة الإباحة الأصلية.

وإذا كان الكلأ مباحًا، ولو كان فى أرض مملوكة، فهو لايعتبر مملوكًا لصاحب الأرض، إنما هو مملوك لمن يحتشه، ولوكان غير صاحب الأرض وليس لصاحب الأرض أن يمنع أحدًا من قطعه، ولكن له أن يمنع الناس من دخول أرضه، إذا كانوا يجدون الكلأ فى غير أرضه، أما إذا كانوا لايجدونه فى غير أرضه، وهم فى حاجة إليه خيروه بين أن يخرجه إليهم ليأخذوا حاجتهم منه، أو يمكنهم ليدخلوا الأرض، وينالوا منه مقدار ما يسد حاجتهم، وقد بينا الأصل الذى تنبنى عليه هذه المسائل وأشباهها عند الكلام على حق الشفعة، فارجع إليه.

٧٧ ـ هذه خلاصة موجزة لما قاله الفقهاء فى الكلأ، أما الآجام، فهى مباحة إذا كانت فى أرض غير مملوكة، وذلك لبقائها على الشركة الطبيعية إذ لا مالك لها.

وأما فى الأراضى المملوكة، فهى ملك لأصحاب الأراضى، وليست بمباحة، إذ الغابات تنبت على ملك صاحب الأرض، وإن لم يوجد منه الإنبات، والفرق



بينهما وبين الكلأ أن الأراضى لاتقصد بالملكية لما فيها من الكلأ أو لما عساه ينبت فيها منه، بل تقصد بالزراعة، والكلأ يجىء على غير رغبة المالك، أو على غير مقصوده، فهو باق على الإباحة، لأنه لم يقصد قصداً فى الانتفاع بالأراضى، ولم ينبت بفعل صاحب الأرض، فلا وجه لخروجه عن أصل الإباحة.

أما الآجام فهى المنفعة المقصودة من اقتناء الأراضى المشتملة عليها، فالأرض تقتنى لأجل القائم فيها من أشجار وما عساه يقوم فيها، وإذا كانت شيئًا مقصوداً بملكية الأراضى، وهو من أوجه الانتفاع المقصود فى الملكية كانت تابعة للأرض فى ملك لصاحبها، وليست باقية على الإباحة الطبعية.

وضع اليد مدة طويلة

٧٨ ـ قد تبين مما تقدم أن وضع اليد يعتبر السبب المنشئ للملكية لواضع اليد، ولايعتبر وضع اليد سببًا للملكية إلا فى هذه الحال فقط، فلاتعتبر الشريعة وضع اليد مدة طويلة مثبتًا للملكية، كما لاتعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطًا لذلك الحق، وذلك لأن الحق لايزول مهما يتقادم، ومهما يتطاول به الزمن، فمضى المدة لايعطى حقًّا لواضع اليد، ولايسقط حق ذى حق.

وأقصى ما أعطته الشريعة للمدة الطويلة من قوة أنها جعلتها سببًا فى منع سماع الدعوى عند الإنكار.

أما مع الإقرار فالحق ثابت فيه، فالدعوى تكون مسموعة.

والمدة التى قرر الفقهاء منع سماع الدعوى إذا مضت، ولم يطالب صاحب العين أو الحق بها اختلفوا فيها. فقال بعضهم ست وثلاثون، وقيل ثلاث وثلاثون، وقيل ثلاثون. والأكثرون على أنها ثلاث وثلاثون.

ويعلل الفقهاء منع سماع الدعوى عند الإنكار بعد مرور زمن طويل من غير مطالبة بمظنة التزوير، ولقد جاء فى المبسوط : «رجل ترك الدعوى ثلاثًا وثلاثين سنة، ولم يكن له مانع من الدعوى، ثم ادعى لاتسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكين يدل على عدم الحق ظاهراً».

ولعل الفقهاء نظروا فى تقدير المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة - أو ما يقاربها عند بعضهم - إلى أنه بعد مضى هذه المدة يظن أن الشهود الذين عاينوا الاغتصاب أو سبب الحق الذى لحق يكونون قد ماتوا غالبًا، والإثبات فى الشريعة الإسلامية يقوم على البينات أخذًا بالأثر المشهور : البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر.

٧٩ - هذه هى المدة التى عينها الفقهاء، واجتهدوا فيها آراءهم، ولكن ملوك آل عثمان استطالوا هذه المدة، ورأوا بما لهم من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة، أن يمنعوا سماع الدعوى إذا مضت مدة خمس عشرة سنة، واستثنى أكثر هؤلاء الملوك الوقف والإرث، ومنهم من استثنى مع ذلك مال اليتيم.

وجعلت المدة المانعة من سماع الدعوى عند الإنكار بالنسبة لهذه المستثنيات هى ثلاث وثلاثون سنة، وقد أخذت لائحة المحاكم الشرعية بمنع سماع الدعوى لمضى مدة خمس عشرة سنة مبقية الوقف والميراث على ما حده الفقهاء وهو ثلاث وثلاثون سنة.

وعلى ذلك يكون فى المدة المانعة من سماع الدعوى توقيتان :

أحدهما : توقيت الفقهاء، وهو ثلاث وثلاثون سنة، ويبقى العمل به فى الوقف والميراث.

والثانى : توقيت أولياء الأمر، وهو خمس عشرة سنة، والعمل به جار فى كل الأقضية ما عدا الوقف والميراث.

وأساس التوقيت الأول الاجتهاد الفقهى، وأساس التوقيت الثانى ما لولى الأمر من سلطة تخصيص القضاء.

٨٠ - وتبتدئ المدة من وقت ثبوت حق المطالبة بشرط ألا يكون عذر مسوغ لعدم المطالبة، فإن وجد هذا العذر المسوغ فالمدة تبتدئ من وقت زواله بعد ثبوت حق المطالبة، فإذا كان موضوع النزاع عينًا فالمدة تبتدئ من وقت ظهور واضع اليد

بمظهر المالك للعين، وإذا كان موضوع النزاع دينًا فالمدة تبتدئ من وقت حق المطالبة للدائن لا من وقت ثبوت الدين فى الذمة، فإذا كان الدين مؤجلا فالمدة تبتدئ من وقت حلول الأجل، لا من وقت ثبوت الدين.

كل هذا إذا لم يكن ثمة عذر، فإن كان عذرمسوغ لعدم المطالبة فالمدة تبتدئ من وقت زواله كما بينا.

والعذر المسوغ لتأخير ابتداء المدة إلى وقت زواله :

(١) ما كان أساسه عدم قدرة المدعى على رفع الدعوى كأن يكون قاصرًا، أو غائبًا، أويكون من عليه الحق ذا شوكة يخشى بأسه.

(٢) أو لم يكن فى الدعوى فائدة لإفلاس المدين وعدم وجود مال ظاهر ينفذ فيه الحكم إن حكم للمدعى، فهذه كلها أعذار مسوغة لتأخير رفع الدعوى.

فإذا حدث عذر من هذه الأعذار فى أثناء المدة فالمدة السابقة عليه تعتبر ملغاة، ويكون احتساب المدة من وقت زواله.

٨١ ـ وإذا سكت صاحب الحق عن دعواه مدة ثم جاء الوارث له من بعده، وترك المطالبة مدة أخرى احتسبت المدتان، وكان الابتداء من وقت ثبوت حق المطالبة للمورث، لا من وقت انتقال الملك إلى الوارث، وكالمورث مع الوارث المشترى مع البائع، والموهوب له مع الواهب، فإذا كان لعقار شخص حق ارتفاق على عقار آخر، ومنعه منه صاحبه، وكان له الحق فى مقاضاته، فترك المطالبة مدة ثم باع العقار أو وهبه لغيره، فترك هو الآخر المطالبة مدة، فالمدة المانعة من سماع الدعوى تبتدئ من وقت ثبوت حق المطالبة للبائع أو الواهب.

نزع الملك من غير رضا صاحبه

٨٢ ـ ذكرنا فيما مضى أن أسباب انتقال الملكية هى العقود الناقلة للملكية، والعنصر الفعال فى هذه العقود هو الرضا، كما سيتبين، فالرضا هو القاعدة العامة لنقل الأموال فى الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا**

أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾. [النساء : آية ٢٩].
بيد أنه قد ينتزع الملك من صاحبه بغير رضاه فى سبيل النفع العام، أو لدفع الأذى عن غيره، بحيث تكون المنفعة التى ينالها المالك من بقاء العين فى ملكه أقل من الضرر الذى ينال غيره بهذا البقاء.

والأحوال التى ينتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه ترجع إلى ثلاث :

أولها ـ نزع الملك لمنافع الكافة كنزع الملك للطرق العامة، أو شق الترع. وقد اعتبر بعض الفقهاء من المنافع العامة توسيع المساجد، حتى لا تضيق بالناس «فقد نقل فى حاشية أبو السعود على منلا مسكين عن الزيلعى أنه إذا ضاق المسجد على الناس، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضى بكره، وأدخلوها فى المسجد، وهذا من الإكراه الجائز»(١).

والأصل فى هذا هو ترجيح منفعة الكافة على الآحاد، ولأنه لايترتب على الأخذ من المالك كبير ضرر به؛ لأنه يعوض بالقيمة ، والقيمة تقدر بمعرفة أهل الخبرة العدول.

ثانيها ـ نزع الملك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه مطلا وظلمًا فللقاضى فى هذه الحال أن يحجر عليه، فيمنعه من التصرف فى ماله إذا رفع الدائنون الأمر إليه، ويؤدى الدين من أمواله فيؤخذ من النقود، فإن لم تكن نقود أو نفدت ولم تف بيع ما يخشى عليه التلف أو ما يكون معدًا للبيع كعروض التجارة، فإن لم تف بيع العقار، وهذا كله رأى الصاحبين. وقال الإمام : ليس للقاضى أن يبيع مال الشخص بغير رضا، ويؤدى منه الدين رغم أنفه، بل يحبسه حتى يوفى هو الدين بأى طريق أحب.

وحجة الصاحبين أن مطله ظلم، والظلم واجب الرفع، فإذا امتنع الظالم عن أداء الحق مختاراً قام القاضى مقامه فى رد الحقوق إلى ذويها، لأنه نصب لإقامة العدل بين الناس، وذلك طريقه. ووجهة نظر أبى حنيفة أن الحجر

(١) راجع كتاب المعاملات للأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك.



والتصرف فى ماله من غير إرادته إهدار لأهليته، وهو ضرر عظيم لايجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص، ويمكن دفع الظلم بالحبس وحمله على أن يؤدى ما عليه من حقوق من غير التعرض لأمواله التى لايصح أن تمس إلا برضاه.

ثالثها ـ الأخذ بالشفعة، وإن الكلام فيها يحتاج إلى بيان، فلنفرد لها بابًا خاصًا بها.

الشفعة

٨٣ ـ الشفعة أثر من آثار عقد البيع، ويعدها بعض الفقهاء سببًا من أسباب الملك، وهى على أية حال ليست سببًا اختياريًا، بل تعد من نزع الملك جبرًا عن صاحبه.

والشفعة[١] شرعًا حق امتلاك العقار المبيع جبرًا عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكاليف.

والسبب الذى نيط به ثبوت الشفعة، بحيث إذا تحقق ثبتت، وإن لم يتحقق لم تثبت ـ هو الاتصال بين عقار الشفيع والعقار المبيع.

(١) إما اتصال شركة على الشيوع، بأن كان العقار المبيع جزءًا شائعًا فى عقار الشفيع.

(٢) أو اتصال شركة فى حقوق الارتفاق الخاص.

(٣) أو اتصال جوار ملاصق.

فإذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة، فقد ثبتت الشفعة إن تحققت شروطها، وإن انتفت جميعًا لم تثبت، وإنما تثبت الشفعة بسبب ذلك الاتصال

(١) مأخوذة من الفعل شفع، وهو يطلق بإطلاقين، فيطلق بمعنى ضم، ومنه الشفع بمعنى الزوج، لأن كل واحد ضم إلى الآخر، ويطلق بمعنى زاد، ومنه شاة شافع إذا كان معها ولدها، لأنه زادها، والشفعة يصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى ضم لأن الشفيع يضم العقار المبيع إلى ملكه، ويصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى زاد، لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة.

لاحتمال تضرر المالك بسبب المشترى الجديد الذى سيتصل به حتمًا، وهو لاعلم له به، فلا يدرى أهو عدل فتؤمن بوائقه، أم باغ فتتقى بوادره، فشرع له لأجل هذا الاحتمال حق امتلاك ما اشتراه جبرًا عنه، وفى ذلك دفع لأذى محتمل بدون ضرر كبير بالبائع أو المشترى، مع تحقيق النفع للشفيع، ودفع الضرر المتوقع له.

ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس، وأنها أمر استثنائى، وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه إلى غيره إلا بطيب نفسه ورضاه، وفى الشفعة يملك العقار جبرًا عن صاحبه، وهو المشترى، إذ بمقتضى عقد البيع صار هو المالك، ومع ذلك ينزع ملكه جبرًا عنه، ومن جهة أخرى نرى فى تقرير مبدأ الشفعة إضرارًا بالمالك الأصلى وهو البائع، لأنه إذا علم الراغبون فى الشراء أنهم إن اشتروا نزع ملكهم منهم، لايقدمون على الشراء، فإذا كان المالك مضطرًا للبيع، كان بين حالين : إما احتمال الضرر النازل به الذى يضطره للبيع، وذلك أذى لا ريب فيه، وإما الترغيب فى المبيع الذى أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس فيه غبن فاحش عليه، ولكن قد اضطر إليه.

ومن أجل هذه الاعتبارات قالوا أن أحكام الشفعة جارية على غير ما تقتضيه القواعد الفقهية، بل من أجل هذه الاعتبارات أنكر أبو بكر الأصم مشروعية الشفعة(١).

٨٤ ـ ولقد قرر ابن القيم أن الشفعة مشروعيتها على مقتضى أصول الشريعة، وليست مخالفة لأصولها، فهو يقول : «من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة، ولايليق بها غير ذلك، فإن حكمة الشارع قد اقتضت دفع الضرر عن المكلفين ما أمكن. فإن لم يمكن دفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله. وإن أمكن دفعه بالتزام ضرر دونه دفعه به.

ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب، فإن الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض، شرع الله سبحانه وتعالى دفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد

---

(١) ولكن رد عليه بإجماع فقهاء المسلمين على إثبات الشفعة، وبورود الآثار الكثيرة المتضافرة بإثباتها، وبأن الضرر الذى يقال بالنسبة للبائع ليس كثيرًا، لأن الملاك يجدون مشترين مع ثبوت الشفعة.



كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذ لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك.

فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى، ويزول عنه ضرر الشركة، ولايتضرر البائع، لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وهذا من أعظم العدل، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطرة ومصالح العباد» ويقول فى قول الفقهاء إن الأصل ألا يخرج المال من يد صاحبه إلا بطيب نفسه : «إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه لما فيه من الظلم له والإضرار به، فأما ما لايتضمن ظلمًا ولا إضرارًا، بل مصلحة له بإعطائه الثمن، فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه، فليس الأصل عدمه بل هو مقتضى أصول الشريعة، فإن أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة، وإن لم يرض صاحب المال، وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدًا للبيع ظلمًا منه، وإضرارا بشريكه، فلايمكنه الشارع منه.

بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لايمكن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لامصلحة له فى ذلك» [١].

٨٥ ـ مما تقدم قد تبين أن الشفعة لاتكون إلا فى العقار، وأنها تكون للشركاء فى نفس العقار، ثم للخلطاء فى حقوق الارتفاق، ثم للجيران، وذلك كله مذهب الحنفية، ومن الفقهاء من أثبت الشفعة فى غير العقار [٢].

---

(١) راجع كتاب القياس فى الشرع الإسلامى ص ١٨٢، وما يليها.

(٢) أثبت حق الشفعة فى غير العقار طائفة من الفقهاء تثبته فى كل ما يثبت فيه الشركة من الأعيان، وقالوا إنما شرعت الشفعة لدفع الضرر اللاحق من الشركة؛ فإذا كان شخصان شريكين فى عين من الأعيان بإرث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك؛ وباع أحدهما نصيبه فإن شريكه أحق به من الأجنبى، إذ فى ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه. ولا فرق فى ذلك بين العقار والمنقول من حيوان وثياب وشجر. وهذه الطائفة من الفقهاء تشمل أهل الظاهر، وفقهاء أهل مكة، وروى عن أحمد بن حنبل مثل قولهم، ومالك يلحق السفن بالعقار (راجع القياس فى الشرع الإسلامى ص ١٨٤).

والجمهرة العظمى من الفقهاء لايثبتونها إلا للشريك فى نفس العقار، ولا يثبتونها للشركاء فى حقوق الارتفاق، ولا للجيران.

وقد استدل للجمهور :

(١) بما روى من قوله ﷺ : «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة»، وقوله ﷺ : «إذا قسمت الأرض وحدَّت فلا شفعة» وفى هذا نفى للشفعة بعد أن تبين الحدود.

ولاشك أن الجار مبين حده عن حد جاره، وأصحاب حقوق الارتفاق مفصولة أملاكهم بعضها عن بعض، فلاشفعة فيها بنص الحديث؛ إذ نفى الشفعة بعد قسمة الأرض وحدِّها.

(٢) أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لأمر هو عدم التضرر بالقسمة والشركة من ذلك المشترى الجديد، وذلك المعنى لايتحقق فى الجار، لأنه لايقاسم، وضرر القسمة ضرر لازم لايمكن دفعه، أما ضرر الجوار فيمكن دفعه بالترافع إلى ولى الأمر، فلا حاجة إلى الشفعة.

واستدل للحنفية بقوله ﷺ «الجار أحق بصقبه» [١]. والصقب هو ما يلاصق ملكه ويليه، وإن المناسبة التى قيل فيها الحديث تؤيد ذلك، فإنه كان جوابًا لسائل سأل الرسول ﷺ عن أرض ليس لأحد فيها قسم ولاشرك إلا الجوار.

ومثل هذا الحديث كثير، فقد روى أن النبى ﷺ قال : «جار الدار أحق بالدار». وروى أنه قال : «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا» [٢].

هذه آثار مؤيدة لما يقول الحنفية، ثم إن الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك، وإن لم يكن بقدر واحد، لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبى.

---

(١) الصقب والسقب بحركتين القرب.

(٢) القياس فى الشرع الإسلامى، ص ١٩٦، ١٩٧ . ومما ينبغى ملاحظته أن اللجنة التى ألفت من كبار رجال القانون لتعديل القانون المدنى منذ سنتين رأت ذلك الرأى، وكان من بين مقترحاتها فى شفعة الجوار.

وعساه يلحقه ضرر من جواره، لأن الناس يتفاوتون فى الجوار تفاوتًا فاحشًا، ويتأذى بعضهم ببعض، ويقع بينهم من العداوة أو المحبة ما هو معهود، والضرر بذلك دائم متأبد إن وجد، ولايندفع ذلك إلا برضاء الجار فإن شاء أقر الدخيل على جواره له، وإن شاء انتزع العقار بثمنه واستراح من مفسدة هذا الجوار المتوقعة.

ولقد اختار ابن القيم فى شفعة الجوار رأيًا ثالثًا هو رأى فقهاء البصرة، وهو أن الشفعة تثبت للجار إذا اشترك الجاران فى حقوق الارتفاق، ولذا يقول: «والقول الوسط الجامع بين الأدلة الذى لايحتمل سواه، وهو قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث أنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء، أو نحو ذلك ثبتت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك ألبتة، بل كان كل واحد منهما متميزًا ملكه وحقوق ملكه فلا شفعة.

وهذا هو الذى نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب، فإنه سأله عن الشفعة: لمن هى؟ فقال: إذا كان طريقهما واحدًا، فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة. وهو قول عمر بن عبد العزيز .... والقياس الصحيح يقتضى هذا القول، فإن الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب إليه وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشترى، فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود فى الخلطة فى حقوقه».

٨٦ - وإذا اجتمع الشفعاء جميعًا لايكونون سواء، بل يقدم الشفيع الشريك فى نفس العقار، ويليه الشفيع الشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاص، ثم يليه الجار الملاصق، وإذا ترك من هم أولى انتقل الحق إلى الذين يلونهم.

وإذا تعدد الشركاء فى حقوق الارتفاق بأن اجتمع شركاء فى شرب خاص، وشركاء فى طريق خاص، وشركاء فى مسيل خاص لم يكونوا سواء، وقد اتفقت عبارات كتب الحنفية على أن الشريك فى حق المسيل مؤخر عن الشريك فى الشرب والطريق.

واختلف فى الترتيب بين شريك الشرب، وشريك الطريق. فبعض الكتب كالفتاوى الهندية والدرر تقدم الشريك فى الشرب على الشريك فى الطريق، وبعض الفقهاء يقدم الشريك فى الطريق على الشريك فى الشرب. أساس الترتيب فى كل هذا قائم على قوة الاتصال ومقدار الضرر المتوقع من الأجنبى.

وقد رأوا أن الاتصال بالشركة فى المسيل أقل أنواع الشركة اتصالا، والضرر المتوقع من الدخيل بسببها أقل من ضرر صاحبيه، ثم اختلفت أنظارهم بالنسبة للشرب والطريق، فبعضهم رأى صاحب الشرب أقوى اتصالا وأكثر تضررًا من الدخيل، فقدم الشريك فيه على الشريك فى الطريق وأولئك أكثر عددًا، وبعضهم رأى أن الشريك فى الطريق أكثر تضررًا فقدمه.

هذا ويلاحظ أن الشركة فى الحقوق التى تثبت الشفعة هى الشركة فى حقوق الارتفاق الخاص لا العام، والطريق الخاص هو الطريق غير النافذ أو المملوك ملكًا خاصًا، والشرب الخاص عند بعض الفقهاء يتحقق إذا كان المجرى نهرًا صغيرًا لاتجرى فيه السفن، وهذا هو المروى عن أبى حنيفة صغير ومحمد . . . وقيل إن كان أهله لايحصون فهو كبير، وإن كانوا يحصون فهو صغير، وعليه عامة المشايخ، ولكن اختلفوا فى حد ما يحصى ومالا يحصى، فبعضهم قدر مالا يحصى بخمسمائة، وبعضهم بأربعين.

وقيل هو مفوض إلى رأى المجتهدين فى كل عصر، إن رأوهم كثيرًا كان الشرب عامًّا ، وإن رأوهم قليلا كان الشرب خاصًّا، وذلك أشبه الأقوال بالفقه[١].

٨٧ ـ وقد تبين مما تقدم أنه إذا اجتمع عدة شفعاء تفاوتت مراتبهم قدم أقواهم اتصالا، وهو الشريك فى نفس العقار، فإن تنزل عن حقه، أو سقط حقه بأى سبب من أسباب الإسقاط انتقل الحق إلى من يليه وهكذا. وهذا بالإجماع فى ظاهر الرواية، ولكن رويت عن أبى يوسف رواية أخرى وهى أنه إذا وجد الشركاء فى نفس العقار لاينتقل لمن يليهم إذا سقط حقهم أو تنازلوا عنه [٢].

---

(١) الزيلعى، الجزء الخامس، ص ٢٤١.

(٢) ويظهر أن الخلاف إنما هو الحال التى يسقط فيها الشريك حقه قبل القضاء أما بعد القضاء له، فإذا أسقط حقه لايثبت الحق لمن يليه باتفاق، لأنه بالقضاء للشريك انقطع حق من يليه وبطل. إذ قضى عليه بذلك.



وتلك لأنه إذا وجد الشريك حجب عنها من بعده، ولم يثبت له حق فيها، ويصير كالعاصب إذا وجد من هو أولى منه بالتعصيب، ولأنه عند البيع يثبت حق الشفعة للشريك من بين الشفعاء، بدليل أن غيره لايملك أن يطالب بها، وإذا كان حق الشفعة عند وجود البيع كان محصوراً فيه، فإذا أسقطه لم يثبت لأحد، لأنه حق واحد إذا سقط لايعود.

ووجه ظاهر الرواية - أن كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث، وهم الشركاء فى نفس العقار، والخلطاء فى حقوق الارتفاق، والجيران - ثبت لهم الحق فى الشفعة لوجود سببها، وكل واحد من الشركة أو الجوار سبب صالح لثبوت الشفعة، ولكن عند التعارض قدم أقواها، فيقدم الشفيع بالشركة؛ لأنه أكثر تضرراً بالدخيل، وأقوى اتصالا، فإذا سلم الشريك سقط تعارضه، فيعمل السبب الذى يلى الشركة، لأنه لامعارض له أقوى منه.

وأيضًا فإن حكمة الشفعة - وهى دفع ضرر الدخيل - قائمة، وتسليم الشريك لايمنع الضرر المتوقع للمرتفقين، أو الجيران، بل هو ما زال قائمًا، فتثبت الشفعة.

٨٨ - وإذا تعدد أهل الطبقة من الشفعاء، وطلبوها جميعًا فإذا تعدد الشركاء مثلا أو الجيران، وطلبوها جميعًا طلبًا صحيحًا قسمت بينهم جميعًا بالتساوى من غير تفضيل صاحب النصيب الأكبر على صاحب النصيب الأصغر، أو من غير تفضيل جار ملاصق من جانب واحد على جار ملاصق من جانبين، وكذلك من غير تفضيل مرتفق بشرب مثلا على مرتفق معه فيه، بل يقسم العقار بينهم على سواء.

وذلك لأن الأصل عند الحنفية أن السبب فى ثبوت الشفعة هو أصل الشركة لا قدرها، وأصل الجوار لاقدره، بدليل أنه لو كان للدار شريك واحد لاستحق أخذ الدار بالشفعة، وكذا لو كان لها جار واحد لاستحق الأخذ لها كلها بالشفعة، ولو كان المقدار هو السبب لاستحق بمقدار شركته أو مقدار جواره.

وإذا كان أصل الشركة أو أصل الجوار هو السبب، فإذا تعدد الشركاء أو تعدد الجيران تثبت لهم الشفعة بقدر واحد لثبوت السبب كاملا بالنسبة للمتعددين جميعًا.

وقد خالف فى ذلك مالك والشافعى واختلفت الرواية فيه عن أحمد بن حنبل، وهو مع الشافعى الصحيح عنه، ومخالفة هؤلاء محصورة فى الشركة، لأنهم لايرون الشفعة فى غير العين المشتركة.

فرأيهم عند تزاحم الشركاء أن يقسم العقار المشفوع فيه بينهم على قدر أنصبتهم لا على عدد رءوسهم، وحجتهم فى ذلك أن الشفعة تثبت على أنها حق من حقوق الملك الذى يملكه الشفيع فيتقدر بقدره عند التزاحم، وهى فى هذا كالنماء والغلة والثمرات. يثبت للشخص منها بمقدار ما يملك إذا كانت العين مشتركة، فيثبت الشفعة بمقدار ما يملكه كل واحد عندما يتزاحمون فى طلبها.

واستدل الحنفية لوجهة نظرهم فى أن الشفعاء إذا تزاحموا فى طبقة واحدة بلامرجح اقتسموها بينهم بالتساوى :

(١) بأن السبب هو الاتصال لامقدار الاتصال، وقد تساوى الجميع فى هذا الأصل فيتساوون فى الاستحقاق.

(٢) وأيضًا فإن ثبوت الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل، وذلك قدر مشترك للجميع ما داموا فى طبقة واحدة بلا مرجح، فيثبت للجميع الحق بالتساوى.

(٣) ثم إن الأصل أن يثبت حق أخذ العقار المبيع كاملا لكل واحد من الشفعاء، ولكن التزاحم بينهم ولعدم ترجيح طلب أحدهم على الآخرين يقسم بينهم بالتساوى لأن الحق لكل واحد فى أخذ العقار كله.

٨٩ - وإذا كان أحد الشفعاء غائبًا لم يسقط له حقه فى طلب الشفعة مهما يتطاول أمد غيبته، ما دام لم يعلم، بيد أن ذلك لايمنع من يساويه فى الدرجة أو من يليه أن يطالب بأخذ العين كاملة، ولايمنع ما للغائب من حق .. أن يقضى القضاء لمن يليه إذا طالب بأخذ العين بمقتضى الشفعة واستوفيت شروط المطالبة كلها.

وإنما كان لمن يساويه أن يطلب أخذ العين كاملة، ولمن يليه كذلك من غير انتظار له؛ لأن سبب ثبوت الحق على الكمال ثابت فى حق المساوى ومن يليه، فإذا طلب يتأكد حقه بالطلب.

أما الغائب فالسبب قائم فى حقه، ولكن لم يؤكد ذلك الحق بطلب الأخذ، فلايدرى أيرضى بالشريك الجديد أو الجار الجديد فلايطلب بالشفعة أم لايرضى فيطلب، فكان حق الشفعة بالنسبة له محتمل الوجود وعدم الوجود، ولايصح أن يمنع ذو الحق تأكد حقه لاحتمال أو شك، إذ اليقين لايزول بالشك، بل لايزول إلا بيقين مثله، ولذلك يقضى بجميع العين للطالب سواء أكان يليه أم يساويه.

وإذا قضى للحاضر بأخذ العين، ثم جاء الغائب، فإن كان مساويًا أسهم بما يساويه مع الحاضر، فإن كان الحاضر واحدًا أخذ النصف، وإن كان اثنين أخذ الثلث، وهكذا. وإذا كان الحاضر قد أسقط حقه فى الشفعة فى هذه الحال فالغائب إذ حضر يطالب بالعين كلها، ويقضى له بها.

وهذا إذا أسقط قبل القضاء. وأما إذا ترك الشفيع أخذ العين بعد القضاء له لعيب وجده فيها، أو لخيار رؤية، أو لمجرد التنزل عن حقه من غير سبب شرعى، ثم جاء الشفيع الغائب، فليس له إلا النصف إن كان الحاضر المسقط لحقه بعد القضاء واحدًا، والثلث إن كانا اثنين وهكذا.

وذلك لأنه لما قضى القاضى بالشفعة للحاضر بكل الدار، فقد أبطل حق الغائب المساوى له عما يخص صاحبه فى حال المزاحمة، وإذا قضى على شخص بالبطلان فى شىء فليس له أن يطالب به. وليس له حق فيه.

هذا كله إذا حضر الغائب، وكان من قضى له مساويًا له ومن أهل درجته، أما إذا لم يكن مساويًا، بل كان من الطبقة التى بعد طبقته، ففى هذه الحال له أن يطالب بأخذ العين كاملة، سواء أأسقط الشفيع المقضى له حقه أم لم يسقط، وسواء أكان إسقاطه لحقه قبل القضاء أم بعده، فكل هذه الصور سواء فى الحكم، لأن القضاء له لايبطل حق الغائب؛ إذ هو مبنى على احتمال أن الغائب لايطالب، فإذا طالب فقد زال الاحتمال.

شـــروط الشفعة

٩٠ ـ لاتثبت الشفعة ولاتوجد إلا بشروط، منها :

(١) الشرط الأول :

أن يكون المشفـوع فيه ـ وهو العين التـى يطلب الشفيع أخذها ـ عـقارًا[١]، وكذلك يشترط هذا الشرط فى المشفوع به، وهو العين التى يملكها الشفيع وبسبب اتصالها بالعـين المشفوع فيـها يطالب بالشفعة، وقـد ألحق الحنفية بالعقـار بالنسبة للشفـعة العلو بالـنسبة للسـفل، فإذا بيع السـفل ثبت لصاحب العـلو حق الأخذ بالشفعة، وإذا بيع العلو فلصاحب السفل الشفعة أيضًا.

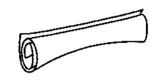
فنرى من هذا أن العلو ـ وهو ليس بعـقار عند الحنفى كمـا تبين ـ صلح أن يكون مشـفوعًا فـيه وبه؛ وذلك لأنه ملحق بالعقـار فى ذلك، إذ حق العلو على السفل حق لازم لايـحتمل البطلان، فـيتـضرر كلاهمـا بالآخر ضررًا مـستـمرًا. والشفعة بين العلو والسـفل تكون شفعة جوار، فتكون مرتبة الشفـيع كمرتبة سائر الجيران، وهى بعد الشركاء فى نفس العـقار، والخلطاء، فى حقوق الارتفاق، كما علمت.

(٢) الشرط الثانى :

أن يكون العقار المشفـوع فيه قد خرج من ملك صاحبـه خروجًا باتًّا بعوض مالى، فإذا لم يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه فلاموجب للشفعة؛ لعدم وجود دخيل، وإن خرج خـروجًا غير بات كأن يبـيعه بيعًا فـاسدًا قد قبض فيـه المشترى العقار، فلاتثبت الشفعة إلا بعد أن يصير ملك المشترى فى العقار باتًّا لازمًا بالنسبة للبائع، لايقبل النقـض من جانبه؛ لأنه قبل ذلك يحتـمل أن يرجع البائع ويفسخ البيع، ومع هذا الاحـتمـال القريب الوقوع لاتثـبت الشفعـة، لأنه يجب أن يبنى ثبوتها على أمر ثابت لايحتمل البطلان من جانب البائع.

---

(١) اشتراط كون المشفـوع به والمشفوع فيه عقارًا إنما هو على رأى جمـهور الفقهاء، وخالفهم غيـرهم فأثبتها مالك فى السفن، وأثبتـها بعض الفقهاء فى كل ما هو محل شـركة، وأثبته فى كل ما هو مشتـرك وتجرى فيه القسمة من غير إجبار.



وإن خرج بغير عوض مالى بأن لم يكن العقد الذى انتقل به المشفوع به بيعًا ولا فى معنى البيع، كـأن يكون هبة أو صدقة أو يكون العقـار مهرًا فى زواج، أو بدل خلع، أو أجـرة فى إجارة، فـإن الشفعـة لاتثبت فـى كل هذا؛ لأن الشفـعة توجب أن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فـيه بمثل ما ملكه به من أخذه، فإذا كان قد أخذ بلا عوض فلا مثل قد دفعه العاقد ويجب على الشفيع أن يقدمه، فلاتثبت.

وكذلك إذا كـان العوض غـير مال كـحال المهر وبـدل الخلع؛ لأنه لاتجرى المماثلة إلا فى الأموال، أما غيرها فلاتجرى فيه المماثلة، فلاتثبت الشفعة أيضًا.

وقال الشافعى تثـبت الشفعة فى كل هذا ويؤخذ العقار بقيـمته، لأن حكمة الشفعة ثابتة فيه فتثبت.

وعقود المعـاوضات المالية التى تجرى فيهـا الشفعة إذا خرج المشفـوع فيه من ملك مالكه بأحدها تشمل ما يأتى :

(١) البيع : وهو الأصل فى هذه العقود ، وإذا كان البـيع مقايضة بأن كان العقار مـقابلا بقيمى، فالثـمن الذى يجب على الشفيع أن يقدمه هو قـيمة الشىء الذى عوض العقار به.

وإذا كان البدل عـقارًا كان الواجب على الشفـيع قيمته، ويكـون لشفيع كل واحد من العقارين أن يطالب بالشفعـة، ويدفع قيمة العقار الآخر الذى يكون بدلا لما يطلبه.

وإنما وجبت قـيمة العـوض للعقار إذا كـان عقد الـبيع مقـايضة؛ لأن المثل الحقيقى تعذر فيصار إلى المثل المعنوى، وهو مقدار ماليته أى قيمته.

(٢) الهبة بعـوض مشروط : لأن الهبة بعـوض مشروط تعتبر مـعاوضة انتهـاء عند أئمة الحنفيـة الثلاثة، ومعاوضـة ابتداء وانتهـاء عند زفر، ولذلك تجب الشفعة إذا خرج العقار المشفوع فيه من مالكه بسببها.

ولاتجب الشفـعة بمجرد تمام عـقد الهبـة، بل لاتجب إلا بعد قـبض العوض وقبض العقار، وعند زفر يكفى وجود العقد لثبوت الشفعة.

وهذا الخلاف مبنى على الخلاف فى الأصل الذى نوهنا عنه، وهو أن الهبة بعوض مشروط تبرع ابتداء معاوضة انتهاء عند الأئمة الثلاثة، فلايتحقق معنى البيع عندهم إلا بعد قبض العوض بالفعل، وعند زفر هى معاوضة ابتداء وانتهاء، لوجود معنى البيع عنده بمجرد تمام العقد، ويكون الواجب هو مثل العوض الذى قدمه الموهوب له إن كان مثليًّا، وقيمته إن كان قيميًّا.

(٣) الصلح : فتثبت الشفعة إذا كان العقار بدل صلح، أى أن المدعى عليه قدمه ليتخلص به من دعوى المدعى، وقبل هذا ذلك عوضًا عن حقه، ففى هذه الحال تثبت الشفعة للشفيع؛ لأن المدعى ما قبل تلك الدار إلا لتكون عوضًا عن حقه الذى يزعمه ويطالب به، سواء أكان المدعى عليه مقرًّا بالحق أم كان منكرًا أم ساكتًا لم يقر ولم ينكر، وإذا كان عقد الصلح معاوضة مالية فى نظر المدعى، فهو مشتر للعقار بزعمه، فتثبت الشفعة للشفيع، لأن الاعتبار فى ذلك لاعتقاد المدعى الذى انتقل العقار إليه.

وإذا كان العقار هو المصالح عنه بأن كان هو موضوع الدعوى والتنازع فقدم المدعى عليه مالا، ليخلص له العقار، ففى هذه الحال إن كان المدعى عليه، قد قامت عليه البينة أو كان مقرًّا بملكية المدعى للعقار، وقدم المال بدلا عنه، ففى هذه الحال يكون الصلح عقد بيع بالنسبة لهما فتثبت الشفعة.

وإن كان المدعى عليه منكرًا أو ساكتًا لم يقم دليل على أن الصلح عقد بيع بالنسبة لمن بقى العقار فى يده؛ فلاتثبت الشفعة إلا إذا أثبت الشفيع بالحجة الشرعية أن العقار موضوع النزاع هو ملك للمدعى، وأن المال الذى كان بدلا للصلح هو فى الحقيقة والواقع ثمن العقار، وحينئذ يثبت أن عقد الصلح عقد بيع فتثبت الشفعة[1].

وهذا كله إذا كان بدل الصلح مالا، فإن كان بمنافع فلاتثبت الشفعة؛ لأن الصلح يكون إجارة.

---

(١) ملخص من البدائع، الجزء الخامس، ص ١١.



وإذا كان العقد مشتملا على خيار شرط لمالك العقار فلاتثبت الشفعة إلا بعد أن يصير العقد باتًّا لازمًا بالنسبة له بسقوط خيار الشرط بالفعل؛ لأن خيار الشرط إذا ثبت بالنسبة للبائع لايخرج العقار من ملكه، والشفعة لاتثبت إلا إذا خرج العقار من ملك صاحبه، أما إذا كان خيار الشرط مشروطًا للمشترى فالشفعة تثبت بمجرد العقد؛ لأن اشتراط الخيار للمشترى لايمنع خروج العقار من ملكية البائع.

وإن جعل البائع أو المشترى الخيار للشفيع فاختار فلاشفعة، لأنه إن أجاز البيع كان ذلك إسقاطًا للشفعة؛ لأنه رضى بالمشترى جارًا له أو شريكًا، وإذا سقطت الشفعة لاتعود، وإن فسخ البيع لم يثبت عقد فلا تثبت الشفعة.

٩١ ـ الشرط الثالث:

أن يكون ملك الشفيع ثابتًا وقت العقد فى العقار المشفوع به ـ وهو العقار الذى يطلب الشفيع الشفعة بسبب اتصاله بالعقار المبيع ـ ولابد أن يستمر الملك إلى وقت الحكم بملكية العقار المشفوع فيه له، فإذا حدث الملك بعد العقد لاتثبت الشفعة، لأن الشفيع هو الذى يعتبر دخيلا على من انتقل العقار إليه.

وإذا كان الملك ثابتًا وقت العقد، ولكن زال عن المالك بأى سبب من الأسباب سقطت الشفعة، لأن سببها وهو اتصال الملكية قد زال، فتزول تبعًا له(١).

وبسبب هذا الشرط لايصح أن يطالب بالشفعة فى موضعين:

أحدهما ـ إذا كان العقار فى يد من يطالب بالشفعة على أنه وقف هو ناظر عليه، لأن الناظر على الوقف ليس مالكًا له، فلايتحقق فى جانبه سبب الشفعة، وهو اتصال الملكين، كما أن الغرض من الشفعة لايتحقق أيضًا؛ لأن الغرض هو دفع الضرر المتوقع الدائم من هذا الدخيل، ويد الناظر على الوقف ليست يدًا دائمة. وكما أن الناظر ليس له حق الشفعة إذا بيع عقار متصل بأعيان الوقف، كذلك المستحق فى الوقف ليس له حق الشفعة؛ لأنه منتفع، وليس بمالك للعين،

---

(١) وتسقط الشفعة بعد خروج العقار من ملك صاحبه، لابمجرد العقد الناقل للملكية، فإذا باع الشفيع بشرط الخيار لاتسقط الشفعة إلا بعد سقوط الخيار.

وإذا كان العقار المشفوع فيه موقوفًا، وبيع لمسوغ شرعى بيعًا صحيحًا فإن الشفعة تثبت فيه للمتصلين به من شركاء أو مرتفقين أو جيران[1].

ثانيهما ـ ليس للوارث فى مذهب الحنفية أن يطالب بالشفعة إذا مات الشفيع المورث قبل الحكم له؛ وذلك لأن حق الشفعة لايورث؛ إذ هو إرادة ومشيئة.

ولاتثبت الشفعة للوارث استقلالا؛ لأنه لم يكن مالكًا وقت العقد الذى خرجت به ملكية المشفوع فيه إلى الدخيل.

وقال الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل : إن الشفيع إذا طالب بأخذ العين بالشفعة ثم مات ينتقل الحق إلى ورثته؛ لأن هذا حق يعتبره الشارع، والوارث خليفة الموروث فيما يملك من أموال وحقوق، فينتقل حق الشفعة إليهم بمقتضى هذه الخلافة.

ووجهة النظر الحنفية قد أشرنا إليها، وهى أن الحق بالأخذ بالشفعة مجرد رأى ومشيئة، وهما حالان للشخص ينتهيان بوفاته، ولا وجود لهما من بعده حتى يخلفه الوارث فيهما، فإذا كانت الشفعة من هذا القبيل فهى تنتهى بوفاة صاحبها.

ولايوجد نص فى قانون الشفعة المعمول به يعين العمل بأحد الرأيين : رأى الحنفية أو رأى غيرهم؛ ولذلك اختلفت المحاكم والشراح فى ذلك، فبعض المحاكم ومعها بعض الشراح قرر أن حق الشفعة لايورث، سالكًا مسلك الحنفية فى أنه حق شخصى لايبقى بعد الشخص، ولا يخلفه فيه أحد، وبعض المحاكم والشراح قرر أن ينتقل إلى الوارث، سالكًا مسالك مالك والشافعى وغيرهما فى أنه حق يعتبر من مرافق الملك، فينتقل إلى الورثة كسائر الحقوق التى من هذا القبيل.

وقد طرح الموضوع بسبب هذا الخلاف على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة. فقررت فى ٣ مايو سنة ١٩٣٠ أن حق الشفعة لاينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل الامتلاك بالتراضى أو بقضاء القاضى[2].

---

(١) لقد ذكر أستاذنا الفاضل الشيخ أحمد إبراهيم بك فى كتابه المعاملات أن العقار إذا أخذ بدل عقار موقوف بطريق الاستبدال لاتثبت فيه شفعة قط. لأنه يصير وقفًا بمجرد الاستبدال.

(٢) راجع كتاب الشفعة لأستاذنا الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك، ص ٣٢٨.



٩٢ ـ الشرط الرابع :

ألا يثبت رضا الشفيع بالعقد الذى تم بين المالك والدخيل، فإن ثبت هذا الرضا عند حصول العقد، فليس له أن يطالب بالشفعة؛ لأنه إن طالب يكون ساعيًا فى نقض ما تم من جهته، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

ويشترط لتمام الرضا أن يكون عالمًا بالمشترى والثمن، فإن رضى بالعقد على فرض ثمن خاص أو مشتر خاص، فتبين أن الثمن أقل مما سلم فى الشفعة على فرضه، أو أن المشترى غير من رضيه جارًا أو شريكًا، ففى هذه الحال لايعتبر راضيًا؛ لأن الرضا قام على فرض، والواقع غيره.

والرضا قسمان : رضا صريح، ورضا دلالة.

فالصريح ما كان بعبارة مفيدة لرضاه بالمشترى جارًا أو شريكًا،والدلالة ما كان بتصرف لايقوم إلا على فرض رضا الشفيع بالدخيل، كأن يكون هو الوكيل البائع فى البيع؛ فإن ذلك يدل على رضاه بالمشترى جارًا أو شريكًا لأن الأخذ بالشفعة يلزم منه أن تنقض ملكية المشترى التى ما تمت إلا بفعل الشفيع؛ فطلب الأخير بالشفعة سعى فى نقض ما تم من جهته بلا ريب، وذلك مردود وغير مقبول فى الشريعة الغراء كما ذكرنا.

ولو كان الشفيع وكيل المشترى فى الشراء لايعتبر ذلك رضا بالمشترى جارًا أو شريكًا؛ لأنه عساه قبل الوكالة ليتم الشراء، ويتقرر حق الشفعة.

ولأن الوكالة بالشراء لاتعتبر تمليكًا للمشترى من جانبه، كما اعتبرت الوكالة فى البيع. بل تعتبر إمضاء لعقد مسبب للملكية ناقل لها، والملك للمشترى هو البائع، وطلب الأخذ بالشفعة لاينافى انتقال الملكية من البائع، بل يقرره، لأن الأخذ بالشفعة فيه إقرار لانتقال الملكية من البائع، ولكن بدل أن تكون للمشترى تكون للشفيع.

هذا، ومن المقرر أن المشترى لو كان أحد الشفعاء لايسقط حقه فى الشفعة، وإذا كانت مباشرة الأصل لعقد الشراء لاتسقط حق الشفعة، فكذلك مباشرة الوكيل لاتسقط الحق بالنسبة إليه.

طلـــب الشفـعة

٩٣ ـ لابد لطلب الأخذ بالشفـعة الذى يقبله القضاء ويقـضى به شرعًا من تحقق أمرين :

أحدهما ـ أن يطالب الشفيع بالعقار المبيع كله لابعضه؛ لأنه إن طالب ببعضه فقد رضى بالمشتـرى شريكًا، وبذلك يكون متناقضًا مع طلبه؛ لأن الأخـذ بالشفعة لدفع ضرر الدخـيل الجديد، فإن رضيـه شريكًا فقـد أقر بأنه لاضرر من شركـته، وبالأولى لاضرر من جواره، فيسقط حق الشـفعة على الأقل فى اعتباره، ولأنه لو أخذ بعض العقار المشفوع فيه لتفرقـت الصفقة على المشترى لأنه ما اشترى الجزء، بل اشتـرى كل العقـار، وتفريق الصفـقة على المشتـرى لايصح من غيـر رضاه، ولايوجد سبب شرعى يسقط ذلك الحق للمشترى.

وإذا تعدد المشترون يصح للشفيع أن يطالب بحصة أحدهم دون الباقين، لأنه ربما كان الاتصال بأحـدهم ضارًّا فيطالب بحصـته، والاتصال بالآخرين غـير ضار فلايطالب بحصصهم[١].

ثانيهما ـ أنه لابد من وجود ثلاثة طلبات :

(أولها) طلب المواثبة، وذلك بأن يطالب بالشفـعة عقب العلم بالبيع والثمن والمشترى.

ووقت هذا الطلب يكون فور العلم، حـتى لو علم بالبيع بكتاب والخـبر فى أوله لاينتظر حـتى يتم الكتاب قـراءة، وهذا عند الجمـيع فى الرواية الراجـحة فى المذهب.

وروى عن الإمـام محـمد أن وقت الطلب ممتـد إلى آخر المجلس، ووجـه الرواية الأولى ما روى عن رسـول الله ﷺ أنه قال : «إنما الشفعة كـنشط عقال إن

(١) وإذا تعدد البائعـون وكان المشترى واحدًا اختلفت الروايات فى المذهب، فظاهر الرواية أن ليـس للمشترى أن يطالب بنصيب أحد البائعين. سواء أتم القبض أم لم يتم. ورواية أخرى أن للشفيع أن يطالب بنصيب أحد البائعين قبل القبض، وبعده لا، والصحيح ما فى ظاهر الرواية.



قيد مكانه ثبت، وإلا ذهب» وفى بعض الروايات «إنما الشفعة كحل عقال إن قيد مكانه ثبت، وإلا فاللوم عليه».

ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القواعد الفقهية عند الأكثرين، فلايستقر إلا بالطلب على المواثبة، ويذهب به أقل تردد.

ووجهة الرواية الثانية عن محمد أن حق الشفعة ثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه، لاحتمال أذى المشترى الجديد، وذلك ضرر خفى يحتاج إلى النظر والتأمل، ليوازن بين غرم الشراء، وضرر الدخيل، ومن جهة أخرى ليعرف صلاحية الثمن وخلوه من الغبن، وذلك التأمل اللازم يحتاج إلى وقت، فكان المعقول أن يمتد إلى آخر المجلس.

ولايشترط لهذا الطلب الإشهاد عليه، وإن كان من مصلحة الشفيع أن يشهد عليه ليستطيع إثباته بالبينة إذا أنكر المشترى وقوعه.

(ثانيها) طلب التقرير والإشهاد،وذلك بأن يذهب إلى العقار، أو إلى المشترى، أو إلى البائع إذا كان المبيع مازال فى يده، ويطالب بالشفعة ويشهد على ذلك وجوبًا، لكى يتقرر حقه، أما جواز الطلب عند المبيع فلأن الحق متعلق به، وأما الطلب عند المشترى فلأنه الخصم فى كل حال، سواء كان العقار فى يده أم لايزال فى يد البائع، وأما الطلب من البائع إذا كان العقار لايزال فى يده، فذلك لأنه خصم بمقتضى يده.

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين من الإشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته، وإن قصد الأبعد وترك الأقرب لم تبطل الشفعة إن كانوا فى مصر واحد، وإن كان بعضهم خارج المصر وهو الأبعد فقصده وترك الأقرب تبطل الشفعة.

وإذا تم الإشهاد على الشفعة عند العقار أو عند المشترى أو البائع فى طلب المواثبة، كان فيه معنى طلب التقرير وأغنى عنه، فلايكون ثمة حاجة إليه.

(ثالثها) طلب الامتلاك بالمخاصمة والترافع إلى القضاء، ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تستقر بالطلبين السابقين، ولذا لم يجعل أبو حنيفة لهذ الطلب الأخير مدة معينة، لأن التأخير لايضر بعد تقرر الحق.

وروى هذا عن أبى يوسف أيضًا كما روى عنه أن الشفيع إن ترك المخاصمة زمنًا كان يستطيع المخاصمة فيه بطلت شفعته.

وقال محمد وزفر رحمهما الله : إذا مضى شهر بعد الإشهاد والتقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته، وهو رواية عن أبى يوسف[1].

وقد استدل لمحمد وزفر فى قولهما إنه إن ترك شهرًا بعد الإشهاد بطلت شفعته بأن المشترى يتضرر بترك الأمر معلقًا من غير أن يجعل للطلب نهاية زمنية معلومة، لأنه لايبنى ولا يغرس ولايقوم بشىء مما يحتاج إليه العقار ما دام مهددًا بنزعه من يده. وذلك ضرر بلا ريب ، إذ هو يحد إرادته فى التصرف فى ملكه، ولايصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفيع بهذا الضرر الذى يقع بالمشترى من التأخير.

واستدل لأبى حنيفة بأن الحق قد ثبت بالمواثبة والتقرير.

والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال شرعى، ولم يوجد؛ لأن تأخير المطالبة لايكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لايعد إبراء.

٩٤ ـ والخصم فى طلب الشفعة هو المشترى سواء أكان العقار فى يده أم لايزال فى يد البائع، وقد ترفع الدعوى على البائع إذا كان العقار مازال فى يده؛ ولكن لاتسمع البينة ولايقضى إلا فى حضرة المشترى؛ لأنه الخصم الأصلى؛ إذ هو الذى سينتزع الملك جبرًا عنه، ولأن أخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم إمكان تسليم المبيع قبل القبض، وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشترى، ولايجوز الفسخ إلا فى حضوره.

(١) قد روى إذن عن أبى يوسف ثلاث روايات إحداها أنه مع أبى حنيفة فى أن التأخير لايسقط الشفعة، وثانيها أن الشفعة تسقط إذا ترك المخاصمة مدة كان يستطيع فيها المخاصمة ولم يفعل، وثالثها أنه إن تركها شهرا سقطت الشفعة وإلا لا تسقط.

ويصح أن ترفع الدعوى على وكيل المشترى إذا كان قد تسلم العقار من البائع ولم يسلمه إلى المشترى، وذلك لأن الشفعة من حقوق العقد، وهى راجعة إلى الوكيل فى البيع والشراء عند الحنفية.

وروى عن أبى يوسف أن الشفيع لايخاصم الوكيل، بل يخاصم الموكل، وذلك لأن الوكيل لم يشتر لنفسه بل اشترى لموكله، ولأن الشفعة ليست من حقوق العقد، بل من متعلقات حكم العقد، وهو الملك، والملك يتعلق بالموكل، لا بالوكيل، ألا ترى أن غاية الشفعة أن ينزع الملك ممن آل إليه، والذى آل إليه الملك هو المشترى، وليس الوكيل.

الملك بالشفعة

٩٥ - يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد أمرين :

إما بالتراضى مع المشترى، ويكون الأخذ حينئذ شراء جديداً من المشترى، ولاينقض البيع الأول بلاخلاف.

وإما بحكم القاضى، ويكون الأخذ بحكم القضاء كشراء جديد من المشترى، إذا كان قد تسلم العقار، ويكون هذا تقريراً للبيع.

وإذا كان العقار مازال فى يد البائع، أيعتبر الأخذ بحكم القضاء نقضاً للبيع، أم يكون شراء جديداً غير ناقض للبيع الأول ؟

اختلفت فى ذلك الروايات والأقوال فى المذاهب، فقال بعض المشايخ وهو إحدى الروايتين : إن البيع فى ذاته لاينقض، ولكن يتحول من المشترى إلى الشفيع، فإن كان ثم نقض فى البيع فهو بالنسبة للمشترى، وليس هناك نقض للعقد فى ذاته.

وقال بعض آخر، وهو الرواية الثانية : إن البيع الأول ينقض، ويكون بين الشفيع والبائع ما يشبه البيع الجديد، وحجة الرأى الأول أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة، لأنها قامت على أساس وجود بيع، فإذا انتفى انتفت وتكون قد عادت على أصلها الذى قامت عليه بالنقض، فتهدم.

ووجهة الرأى الثانى أن القاضى إذا قضى بالشفعة قبل تسليم البائع العقار للمشترى فإن المشترى يعجز عن أخذ البيع، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة.

وأيضًا فإن البيع قد أوجد ملكًا للمشترى فى العقار، وبحكم القاضى قد صار الملك للشفيع، وزال أثر البيع، ولايزول أثر البيع إلا إذا زال البيع نفسه.

ومهما يكن من الاختلاف بالنسبة لبقاء البيع أو انتقاضه، فمن المقرر أن الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع يكون فى حكم الشراء الجديد، سواء أكان بالقضاء أم بالتراضى. فله أن يرد العقار المشفوع فيه بخيار الرؤية إن لم يكن رآه، وله الرد بخيار العيب إذا رأى فيه عيبًا، ولو كان المشترى قد اشترط عليه البراءة من كل العيوب.

٩٦ ـ وملك الشفيع للعقار يبتدئ من وقت التراضى بينه وبين المشترى، أو من وقت الحكم بالأخذ بالشفعة، ولا ملك له قبل الأخذ بأحد هذين الأمرين، بل الملك قبل ذلك للمشترى؛ لأن سبب الملك قائم وهو الشراء، ولايتنافى طلب الشفعة مع ذلك، بل إن الشفعة تقوم على خروج العقار من ملك مالكه، ولايخرج سائبة من غير مالك، بل يدخل فى ملك المشترى.

وإن كل ما للشفيع قبل الحكم من حق إنما هو حق المطالبة بالعقار بسبب الشفعة، وذلك لايثبت ملكًا إلا بعد التراضى أو الحكم، فلا ملك إذن للشفيع قبل ذلك، وهذا هو المنصوص عليه فى كتب الحنفية(١).

ولكن قانون الشفعة لم يتعرض لابتداء الملك بالشفعة ولم يبينه، ولذا اختلفت المحاكم فى ذلك على ثلاثة آراء : فبعضها قضى بأن الملك للشفيع يستند إلى وقت العقد، وبعضها رأى أن الملك يثبت له مستندًا إلى وقت المطالبة بالعقار المشفوع فيه بمقتضى الشفعة، وبعضها قرر أن الملك يبتدئ من وقت الحكم، لا من

---

(١) راجع البدائع، الجزء الخامس، ص ٢٢، وص ٧٣. وراجع الأشباه والنظائر، الجزء الثانى فى باب الملك.



وقت الطلب ولا من وقت البيع، وهذا الرأى الأخير هو الذى اختارته دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة [1].

٩٧ ـ وإذا كان ملك المشترى ثابتًا على العقار المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة، فله أن يتصرف فيه تصرف المالك من كل الوجوه، فله أن يبنى فيه، وأن يغرس أشجارًا، ويهدم، ويقلع، ويزيد، وينقص، ويستغل ويستعمل، وله أن يتصرف كل التصرفات الشرعية من بيع وهبة ووقف وغير ذلك، ولكن هذه التصرفات عرضة للنقض إذا حكم للشفيع بالملك بمقتضى الشفعة، فإذا وقف المشترى، ثم حكم للشفيع، فله نقض الوقف وأخذ العقار، ولو كان الوقف وقف مسجد.

٩٨ ـ وإذا كان المشترى قد أحدث زيادات فى العقار، ثم جاء الشفيع وامتلكه بمقتضى الشفعة، فإن كانت هذه الزيادات لاتقبل الانفصال عن العين كطلاء العقار، فإن الشفيع يأخذ العقار بالثمن وقيمة الزيادة؛ لأنها زادت قيمة العين.

وإن كانت الزيادة تقبل الانفصال عن العين بأن كانت تنفصل عنها من غير ضرر بها، وتكون لها قيمة بعد انفصالها، كالبناء وغرس الأشجار، وكالزرع، فالحكم فى هذه الحال أنه إن كان لاتصال الزيادة بالأرض وقت معلوم ثم تنفصل بعده كالزرع، لأنه لاضرر على المشترى فى ذلك، إذ لايتلف زرعه، ولاضرر على الشفيع، إذ سيأخذ الأجرة.

وإن لم يكن للزيادة التى تقبل الانفصال أمد محدود معلوم، وذلك كما فى البناء فى العقار والغراس فيه، فالحكم أنه يخير الشفيع بين ثلاثة أمور :

إما أن يترك الأخذ بالشفعة، وإما أن يأخذ العقار بثمنه والشجر أو البناء بالقيمة مستحقين للقلع والهدم[2]. وإما تكليف المشترى قلع الشجر وهدم البناء وتسليم العين.

---

(١) راجع كتاب الشفعة لأستاذنا الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك، ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠ ـ ٣٤١ ـ ٣٤٢.

(١) للبناء والشجر ثلاث قيم (أ) قيمتهما مستحقين للبقاء، وتقدر هذه القيمة بما أحدثاه من زيادة فى قيمة العقار وهما فيه بأن تقدر قيمة العقار خاليًا منهما وقيمته وهما قائمتان به فالفرق هو قيمتهما مستحقين للبقاء =

غير أنه يلاحظ أن أخذهما بقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم إنما يكون إذا رضى المشترى بذلك، وإلا كلف الهدم أو القلع، إلا إذا كان القلع أو الهدم يضر بالأرض، ففى هذه الحال لاحاجة إلى رضاه فى أخذهما بقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم.

هذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه.

وروى عن أبى يوسف أن الشفيع مخير بين أمرين فقط : إما أن يترك الشفعة، وإما أن يأخذ العقار بثمنه، والشجر والبناء بقيمتهما مستحقين للبقاء، وليس له أن يكلف المشترى القلع أو الهدم، وذلك هو مذهب مالك والشافعى.

ولكل من الرأيين وجهة، فوجهة الرواية الراجحة فى مذهب أبى حنيفة أن المشترى بنى وغرس فى عقار تعلق به حق مؤكد لغيره، يجعله أولى بالعقار منه، ولم يكن بناؤه وغرسه بإذن أو تمكين منه، فكان من حقه أن يأخذ العين خالية مما زاده، فله أن يكلفه القلع والهدم، وإن كان ذلك يضر بالأرض أخذه بقيمته مستحقًّا للقلع أو الهدم، وما يحصل للمشترى من ضرر فهو السبب فيه؛ لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه، فلايحدث زيادة فى عين كان يتوقع أن تنتزع منه جبرًا عنه.

ووجهة نظر أبى يوسف ومالك والشافعى أن التكليف بالهدم أو بالقلع أو الأخذ بالقيمة مستحقين للقلع والهدم، إنما يكون ذلك إذا كان ما فعله المشترى يعتبر عدوانًا، مع أنه ليس فى فعله عدوان، لأنه يبنى ويغرس فى خالص ملكه؛ لأنه بالشراء صار العقار مملوكًا له، فله كل صنيع الملاك، فلايصح إذن أن يعامل معاملة المغتصبين، بأن يكلف القلع أو الهدم. وتكليف الشفيع أخذ البناء أو الغراس بقيمتهما مستحقين للبقاء أى بما زاده فى قيمة العقار هو العدل، لأنه لايتضرر واحد منهما، ، إذ الشفيع يأخذ شيئًا بقيمته فلا شطط ولا جور بالنسبة له، والمشترى سيعوض عما أنفق بلا زيادة ولا مغالاة.

= (ب) قيمتهما والبناء أنقاض، والشجر مقلوع. وهذه تقدر بعد القلع والهدم. (جـ) وقيمتهما مستحقين القلع أو الهدم، وهذه تقدر لهما بعد القلع أو الهدم، ثم يستنزل منها تكاليف القلع أو الهدم.

وقانون الشفعة فصل فى ذلك الموضوع تفصيلا حسنًا، فأخذ برأى أبى حنيفة فى الحال التى يكون فيها البناء و الغرس بعد طلب الأخذ بالشفعة؛ لأنه يكون المشترى قد أقدم على البناء، وهو يعلم أن العين ستؤخذ منه، فإن كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على نفسه. وإن كان البناء أو الغراس قبل الطلب فقد أخذ القانون بمذهب مالك والشافعى والرواية عن أبى يوسف؛ لأنه عسى أن يكون المشترى غير متوقع الطلب بالشفعة، ثم هو يتصرف فى ملكه.

وإذا حدث نقص فى المشفوع فيه فى يد المشترى، فإن كان النقص فى نفس العقار كأن يكون بجوار نهر فأخذ منه جزءًا فى مجراه، فالحكم فى هذه الحال أن الشفيع يأخذ العقار الباقى بحصته من الثمن، بأن تقدر قيمته ناقصًا وقيمته غير ناقص، وينقص من الثمن نسبة النقصان.

فإذا كانت القيمة ناقصًا مائة وكانت القيمة كاملا عشرين ومائة والثمن ثمانية ومائة، ففى هذه الحال ينقص من الثمن مقدار السدس، لأن العشرين وهى الفرق بين القيمتين تعادل سدس قيمته كاملا، فينقص من الثمن سدسه.

وإن كان النقص فى تابع العقار كالبناء والشجر فإن كان بغير فعل أحد، كتهدم البناء أو احتراقه، فالشفيع إما أن يأخذ العقار بالثمن كاملا، وإما أن يترك؛ لأنه لاغريم له. وإن كان بصنع المشترى، فالشفيع مخير بين ترك الشفعة، وبين أن يأخذ العقار بحصته من الثمن، وطريقة معرفة ذلك كما بينًّا آنفًا، وفى الحال التى يكون فيها المتلف للبناء أو الشجر غير المشترى يرجع عليه هو بما غرم بسبب فعله.

٩٩ ـ والثمن الذى يجب على الشفيع فى الشفعة هو مثل الثمن الواجب على المشترى، فإن كان الثمن مثليًا وجب مثله، وإن كان قيميًا وجبت قيمته[1]، لأن الواجب هو المثل، فإن أمكن المثل فى الصورة والمالية وجب هو، وذلك يكون فى المثلى، وإذا تعذر المثلى فى الصورة، كما فى القيمى وجب المثلى فى المالية

---

(١) وقال أهل المدينة إذا كان الثمن قيميًا تجب قيمة العقار المشفوع لاقيمة الثمن.

وهو القيمة؛ وعلى ذلك إذا تقايض شخصان فأعطى كل واحد عقاره فى نظير عقار صاحبه، فإن الشفعة تثبت لشفعاء العقارين، ويكون الواجب على الشفيع قيمة العقار الذى اعتبرت قيمته ثمنًا بالنسبة له.

وإذا حط البائع جزءًا من الثمن عن المشترى فإن ذلك ينقص أيضًا من الواجب على الشفيع؛ لأن الجزء الباقى يكون هو الثمن، ولكن إذا وهب البائع الثمن للمشترى، فإن الشفيع لايسقط عنه شىء. لأنه لم يبق شىء يصلح ثمنًا مستقلا.

وإذا زاد المشترى الثمن للبائع لاتلزم الشفيع هذه الزيادة؛ لأنها تبرع من المشترى، والتبرع منه لايلزم الشفيع، وعساه يكون فعل ذلك مضارة بالشفيع، فيرد عليه قصده.

وإذا كان الثمن مؤجلا عن المشترى، لم يثبت الأجل للشفيع عند الأئمة الثلاثة من فقهاء الحنفية. وقال زفر ومالك [1] والشافعى : إن الأجل يثبت فى حقه، ووجهتهم أن الشفيع يملك المشفوع فيه بالثمن الذى ثبت وجوبه على المشترى والثمن الذى ثبت وجوبه على المشترى فى حال التأجيل ثمن موصوف بهذا الوصف، فيثبت على الشفيع بوصفه. ووجهة نظر الحنفية فى هذا أن الأجل لم يثبت وصفًا للثمن. ولكن ثبت شرطا فى العقد بين البائع والمشترى، والشروط التى تكون بين البائع والمشترى لاتثبت فى حق الشفيع، فخيار الشرط للمشترى لايثبت فى حق الشفيع، وشرط البراءة من كل العيوب لايلتزم به الشفيع، وهكذا، فكذلك الأجل شرط بين البائع والمشترى لايثبت فى حق الشفيع. وعلى ذلك يكون الشفيع عند الحنفية مخيرًا بين أمرين : إما أخذ المشفوع فيه بثمن حال قبل نهاية الأجل، وإما تأجيل الأخذ حتى ينتهى الأجل، وليس معنى ذلك أن يؤجل طلب الأخذ بالشفعة حتى ينتهى الأجل بل يطالب فى المواعيد المقررة الثابتة،

---

(١) ولقد اشترط مالك لثبوت التأجيل فى حق الشفيع أن يكون مليئًا، أو يأتى بضامن يكفل الأداء. وذلك معقول جدًا.



ولكن لايأخذ العقار إلا بعد أن ينتهى الأجل ويسلم الثمن، ولقد روى عن أبى يوسف أنه قال : إن الطلب أيضًا يتأخر، لأن الطلب ليس بمقصود لذاته، بل للأخذ، وإذا تأخر الأخذ يكون له الحق فى تأخير الطلب.

وفى أخذ قانون الشفعة بنظرية الحنفية فى أن الشفيع لاينتفع بالأجل الذى ضرب للمشترى، وذلك ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة، ونصها : «يحل للشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق، على أن المشترى إذا استحصل على تأجيل الثمن لاينتفع الشفيع من هذا التأجيل إلا برضا البائع.

مسقطات الشفعة

١٠٠ ـ قد تبين مما تقدم الأمور التى تسقط بها الشفعة، والآن نلخص بعضها فمنها :

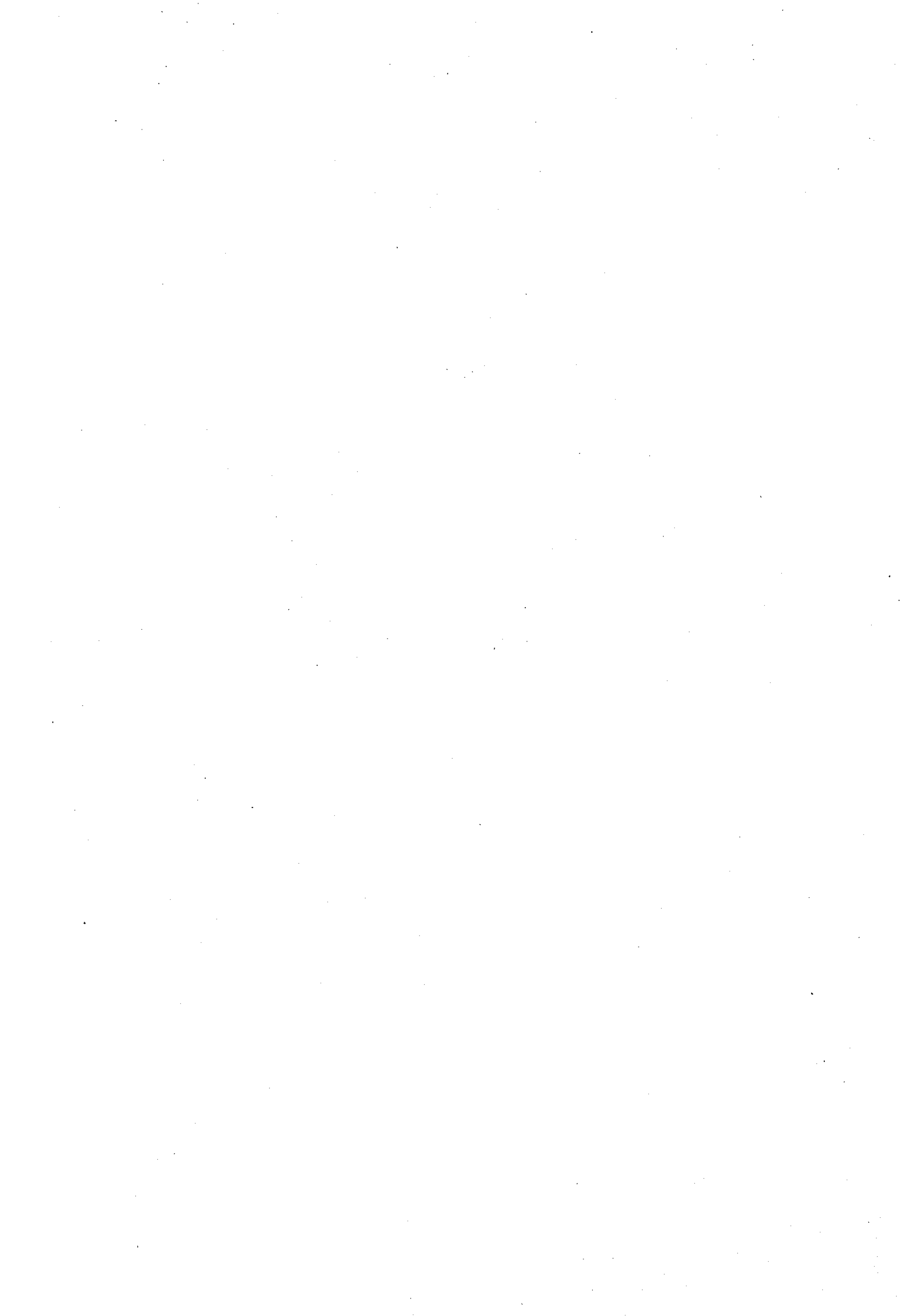
(أ) الرغبة عن الشفعة صراحة كأن يقول : أبطلت الشفعة، أو أسقطت حقى فى العقار المشفوع فيه، أو نحو ذلك من العبارات الصريحة فى ترك الشفعة؛ وذلك لأن شرط الشفعة خالص حقه فله أن يتمسك به، وله أن يتنزل عنه، وإذا تنزل سقطت الشفعة،والساقط لايعود إلا بسبب جديد. وشرط الإسقاط بهذا النوع الصريح أن يكون بعد البيع وقبل الحكم، لأنه قبل البيع لم يثبت السبب الداعى للشفعة فلاتثبت، ولامعنى لإسقاط حق لم يثبت بعد، وبعد القضاء قد ثبتت ملكيته للعين المشفوع فيها، فلا يسقط الحق إلا بالفسخ وذلك بعقد بينه وبين المشترى.

(ب) وجود تصرف من الشفيع يدل على ترك الشفعة، ويكون ذلك تركًا للشفعة دلالة. وذلك كأن يترك طلب المواثبة أو التقرير فى ميقاتهما. أو يستأجر المشفوع فيه من المشترى، أو يساومه فيه، لأن ذلك يعتبر إقرارًا لملكية المشترى، وإسقاطًا لحقه فى الشفعة، ومن ذلك أن يكون وكيل المالك فى البيع كما بينًا.

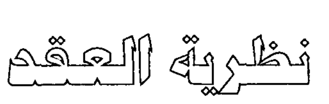
(جـ) إذا لم تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به، لأنه إذا خرج من ملكه سقط سبب الشفعة فتسقط معه.

(د) موت الشفيـع؛ فإن الشفعة لا تنتقل إلى الوارث عند الحنفـية، وقد بينا ذلك فى موضعه، فارجع إليه.

* * *

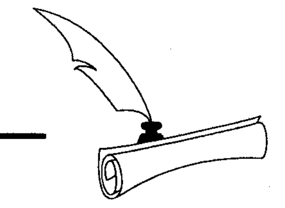






فى الشريعة الإسلامية





العقد

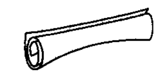
١٠١ ـ ذكرنا أن أسباب الملكية ثلاثة أنواع : أولها ـ السبب المنشىء للملكية على الأشياء بعد أن لم تكن، وهو الاستيلاء على الأشياء المباحة، وقد بيناه. ثانيها ـ الخلافة عن المالك، وموضع ذلك الكلام فى الوصايا والمواريث. ثالثها ـ الأسباب الناقلة للملكية من حيز إلى حيز، وذلك يكون بالعقود التى تفيد نقل الملكية. وكلامنا الآن فيما يشمل هذا القسم الأخيروهو أحكام العقود. ونكتفى هنا بالأحكام العامة لها، ولا نخص آحادها بالبيان، ولنبدأ بتعريف العقد.

يطلق العقد فى اللغة على الجمع بين أطراف الشىء وربطها، وضده الحل، ويطلق بمعنى إحكام الشىء وتقويته. ومن معنى الربط الحسى بين طرفى الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوى للكلام أو بين الكلامين، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشىء أخذت اللفظة وأريد بها العهد، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان، وكل ما ينشئ التزامًا.

هذا معنى العقد فى اللغة، والمعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لايبعد عن المعنى اللغوى له، بل هو فى الواقع تقييد للمعنى اللغوى وحصر له وتخصيص لما فيه من العموم. والمتتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمعانيه يرى أن للعقد معنيين عندهم، ويطلق بإطلاقين، فترى من عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعى بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه[1]. ولذا لانجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطلاق والإبراء والإعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثانى ـ والإجارة وغيرها مما لايتم إلا بربط كلامين من طرفين، اسم العقد.

---

(١) نظرية العقد لأستاذنا الدكتور السنهورى بك، ص ٧٩ ـ ٨٠.



وبجوار هذا نجد من الكتاب فى الفقه من يعممون، فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعى سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، ويقولون إن كل ما عقد الشخص العزم عليه فهو عقد، وقد بين ذلك أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن، وهو يرى أن العقد فى أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والتصرفات الشرعية، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء بشىء يكون فى المستقبل أو إلزامه به، فيسمى فى نظره البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودًا، لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشىء من جانبه، وكذلك تسمى الشركة والمزارعة والمساقاة وغيرها عقودًا؛ لما فيها من هذا المعنى، وكذلك العهد أو الحلف على شىء فى المستقبل يسمى أيضًا عقدًا، لأن الحالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به، بل إن الرازى يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقدًا؛ لأنه التزم وفاءه فى المستقبل[1]. وخلاصة القول أن العقد فى نظر الرازى كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر فى المستقبل، سواء أكان ذلك الالتزام بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر، وعلى هذا الإطلاق كثيرون من الفقهاء، ولذلك يتكلمون فى التعليق، والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والإبراء والإعتاق، على أنها عقود، مع أنها لاتعتبر عقودًا، إلا على هذا المعنى؛ لأنها تنشىء التزامًا بأمر فى المستقل، وهو عدم الحل فى الطلاق، وعدم المطالبة فى الإبراء، وسقوط الملكية فى العتاق.

١٠٢ ـ وإذا كان للعقد إطلاقان على ما تبين، فالعلاقة المنطقية بينه وبين التصرف الشرعى، أنه على اعتبار أن العقد توافق إرادتين ينشأ عنه التزام، أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعى[2] يكون التصرف الشرعى أعم من العقد؛ لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى ويشمل غيره.

وأما على اعتبار أن العقد كل ما ترتب عليه التزام سواء أتكوّن من توافق إرادتين، أم بالتزام إرادة واحدة منفردة، فيكون العقد مرادفًا للتصرف، ومساويًا له

(١) أحكام القرآن الجزء الثانى، ص ٢٩٤،سورة المائدة.
(٢) معنى الحكم الشرعى هنا الأثر الذى يرتبه الشارع على توافق الإرادتين.

فى الدلالة والمعنى؛ لأن التصرف الشرعى هو كل مـا يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثرًا شرعيًّا فى المستقبل.

وفى الجملة إن كتب الفـقه تذكركلمة العقد، وتريد بها أحـيانًا المعنى العام، وهو المراد للتصرف، وتـذكرها أحيانًا وتريد بها المعنـى الخاص، وهو ما لايتم إلا من ربط كلامـين يترتب علـيه أثر شرعى يقـرره الشارع، وهذا المعنى هـو الشائع المشهور، حتى يكاد ينفرد هو بالاصطـلاح، ولذا إذا أطلقت كلمة العقد تبادر إلى الذهن،أما المعنى الثانى، فلا تدل عليه كلمة العقد، إلا بتنبيه يدل على التعميم.

ولانكاد نجد فقيـهًا يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق، أو الإعـتاق، أو اليمين من غـير تنبـيـه؛ لذلك نعد الاصطـلاح الشائع الأغلب إطلاق الـعقـد فى المعنى الخاص، دون العام الذى يراد به ما يرادف التصرف الشرعى.

* * *

ركن العقد [1]

١٠٣ ـ إذا سرنا على تعريف العقد العام الذى يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية، كان ركن العقد مختلفًا باختلاف نوع التصرف، فإن كان من التصرفات التى تتم بإرادة واحدة كالعتق والطلاق، والوقف من حيث إنشاؤه (على قول أكثرالأئمة أصحاب المذاهب)، فالتصرف ينعقد بعبارة من له الإرادة المنشئة للعقد من غير نظر إلى رضا سواه، ومن غير حاجة إلى ضم عبارة غيره إلى عبارته، أما إن كان من التصرفات التى لاتتم إلا بتوافق إرادتين، كالبيع والإجارة وغيرهما، فلابد لانعقاده من عبارتين تعبران عن كلتا الإرادتين، وتنبئان عن توافقهما والتقائهما.

وإذا كنا نسير على مقتضى المشهور الغالب، وهو أن العقد لايكون إلا بالمعنى الخاص، فلابد لانعقاد العقد من عبارتين تدلان على توافق الإرادتين، وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هاتين العبارتين بالإيجاب والقبول.

والإيجاب ما صدر من أحد العاقدين أولا، والقبول ما صدر من العاقد الثانى ثانيًا، وسمى الأول إيجابًا، والثانى قبولا؛ لأن الإيجاب معناه الإثبات، ولما كان القول الأول أصلا لإثبات الالتزام، والثانى يجىء مبنيًّا عليه وما فيه من التزام إنما كان للرضا به؛ لذلك كان الأول هو الإيجاب؛ إذ هو عمدة الالتزام وعماده، وكان الثانى قبولا؛ لأنه رضا بما فى الأول من التزام وإلزام، وما تضمن القبول من الالتزام بالنسبة للعاقد الثانى، إلا لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام، فمثلا إذا قال البائع فى إيجاب عقد بيع بعت هذه العين بمائة، فمعنى ذلك أنه يرضى بخروج العين من ملكه فى نظير مائة، فإيجابه تضمن التزامًا بخروج العين من ملكيته، وإلزامًا للمشترى بمائة، فإذا صدر القبول من المشترى فمعنى ذلك قبول الالتزام، والرضا بدفع المائة، وهو الإلزام الذى تضمنه الإيجاب.

ومن البداهة أنه لابد أن يتوافق الإيجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد من مجموعهما، لأنهما ما كانا ركنًا للعقد إلا لدلالتهما على توافق الإرادتين، وتلاقى

---

(١) المراد من الركن ما تتكون منه حقيقة العقد، ولاتثبت ماهيته ثبوتًا حسيًّا إلا به.

الرغبتين؛ فإذا كان القبول مخالفًا للإيجاب بأن ورد الإيجاب على موضوع والقبول على غيره، أو ورد الإيجاب مقيدًا بوصف، والقبول جاء مقيدًا بوصف آخر، كأن يوجب العاقد عقد زواج بإيجاب فيه مقدار من المهر؛ ويصدر عنها القبول بمهر آخر، ففى هذه الحالة لم يتلاق الإيجاب والقبول ولم يتوافقا؛ فلا يوجد العقد؛ لأن توافق الإيجاب مع القبول هو حقيقة العقد، ولم يوجد هذا التوافق.

بيد أنه إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب إلى ما هو فى مصلحة الموجب، فإن العقد ينعقد مع هذه المخالفة؛ لأنها مخالفة فى الظاهر، وتوافق فى الحقيقة والواقع، فإذا قالت المخطوبة تزوجتك على مهر قدره مائة، فقال الزوج قبلت على مهر قدره مائة وخمسون، ففى هذه الحال تكون مخالفة القبول للإيجاب مخالفة فى مصلحة الموجب، وهو الزوجة، فينعقد النكاح مع هذه المخالفة، وذلك لأن من ترضى الزواج بمائة مهرًا ترضى بالأولى بمائة وخمسين، وليس التوافق بين الإيجاب والقبول بلازم لتكوين العقد إلا للدلالة على تلاقى الرغبتين، وتوافر الرضا بالعقد من الجانبين، ولاشك أن هذا النوع من المخالفة يدل على الرضا من الجانبين دلالة أبلغ من التوافق فى المعنى والحقيقة، إذ القابل برضاه بمهر أكبر مما أوجبت قد دل على رضاه بعقد الزواج بأبلغ وأمكن مما لو ذكر توافق الإيجاب مع القبول. ولكن لايجب عليه من المهر إلا مائة، والخمسون لاتثبت إلا إذا صدر عنها ما يدل على رضاها بهذه الزيادة، وقبولها لها؛ لأن شيئًا لايدخل فى ملك الشخص جبرًا عنه.

١٠٤ ـ ولقد اشترط الفقهاء؛ لكى يكون القبول متلاقيًا مع الإيجاب مبنيًّا عليه ثلاثة شروط : أولها أن يكونا فى مجلس واحد، وثانيها ألا يصدر من العاقد الثانى ما يدل على إعراضه بأن يفصل بينهما بكلام أجنبى لاصلة تربطه بموضوع العقد، وثالثها ألا يرجع الموجب فى إيجابه قبل قبول القابل.

وإنما اشترط الشرطان الثانى والثالث؛ لأن الفصل بكلام أجنبى إعراض عن الإيجاب ورفض له، فيعتبر كأن لم يكن، فإذا جاء قبول بعد ذلك، فقد جاء على غير إيجاب، وقام على غير عماد، وإذا رجع الموجب فى إيجابه قبل قبول العاقد، فقد سحب الإيجاب، وصار كأن لم يكن، فيعتبر القبول بعد ذلك واردًا أيضًا على

غير إيجاب يبنى عليه، وللموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يقيد بالقبول؛ لأن الالتزام لايتحقق إلا إذا وجد العقد، ولايوجد العقد إلا إذا تم توافق الإيجاب مع القبول، فما لم يوجد قبول لايوجد عقد، فلايكون التزام، ولذا يكون للموجب أن يرجع فى إيجابه قبل القبول، إذا لم يوجد بعد التزام يمنعه من الرجوع.

أما اشتراط المجلس الواحد للإيجاب والقبول، فلأن الإيجاب لايكون جزءًا من العقد إلا إذا التحق به قبول، وكان مقتضى هذا أن يتم القبول فور الإيجاب؛ ليكونا متلاقيين من غير تراخ بينهما؛ إذ كل تراخ من شأنه أن يلغى الإيجاب، ولذا قال الشافعى : إن القبول يجب أن يكون فور الإيجاب، ولكن الحنفية لاحظوا أنه إن اشترطت فورية القبول للإيجاب كان فى ذلك تضييق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، لأن القابل قد يكون مفاجأ بهذا الإيجاب، فإما أن يرفض فورًا، فتفوت الصفقة، وإما أن يقبل فورًا، وربما كان فى العقد ضرر له؛ لذلك كان من المستحسن أن يكون عنده وقت للتروية والتفكير، والموازنة بين ما يغرم فى سبيل العقد وما يغنم منه، فيوازن بين ما يناله من فائدة فيه، وما يشبعه العقد من رغبة له، وبين ما يذر وما يتركه فى سبيله؛ لذلك استحسن أكثر الفقهاء أن يمتد الوقت لدى القابل إلى آخر المجلس، ليكون لديه فسحة من الوقت ليستطيع أن يوازن ويقايس، ويردد الأمر على كل وجوهه، وإن قبل بعد ذلك صار العقد فى عنقه لايستطيع عنه تحولا ولا فكاكا، ولايصح أن يمتد وقت تخيير القابل إلى ما بعد المجلس، لأن من مصلحة الموجب أن يعرف قبل أن ينفض المجلس مآل إيجابه إلى قبول، فيتقيد بالعقد ويرتبط به، أم إلى رفض، فيكون على بينة من أمره، فإذا مددنا حق القابل إلى ما بعد المجلس كان فى ذلك ضرر بين بالموجب، فكان من مصلحة الطرفين أن يكون المجلس الواحد هو الذى يحد زمان تكوين العقد، فإذا تفرق المجلس اعتبر الإيجاب كأن لم يكن[1]، ولتكوين العقد من جديد لابد من إيجاب جديد.

---

(١) اشتراط اتحاد المجلس فى التصرفات التى لاتتم إلا بإيجاب وقبول عام فى كل هذه التصرفات، ولكن استثنى منها الوصاية بأنه لايشترط لانعقادها القبول فى المجلس، بل الشرط عدم الرد بعد الموت، ولاعبرة بالقبول أو الرد فى حالة الحياة.

خيار المجلس

١٠٥ ـ خيار المجلس معناه أن يكون لكل واحد من العاقدين الفسخ ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان، فحق الفسخ ثابت لكلا العاقدين مادام المجلس قائمًا لم ينفض، فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب، وذلك الحق موضع خلاف بين الأئمة فى ثبوته، فالشافعى وأحمد بن حنبل قد أثبتا خيار المجلس، وجعلا لكل واحد من العاقدين الحق فى الفسخ ما دام المجلس قائمًا، فإذا تفرق المجلس لم يثبت، غير أنهما لم يثبتا ذلك الخيار فى كل العقود، بل فى بعضها فقط، وذلك لأن العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول عقود غير لازمة من الجانبين كالعارية، والوديعة، والوكالة؛ أو لازمة من جانب غير لازمة من جانب آخر، كالرهن والكفالة، وهذه لايدخلها خيار المجلس، لأن فسخها جائز من كل الوجوه، أو فى الجملة من غير حاجة إلى خيار مجلس أو غيره.

والقسم الثانى عقود لازمة غير قابلة للفسخ من الجانبين أو من جانب واحد كالنكاح والخلع، وهذه أيضًا لايدخلها خيار المجلس، لأن آثارها لاتنفصل عن أسبابها، فبمجرد تمام العقد تترتب آثاره، ولايمكن تأخيرها، إذ بمجرد تمام عقد النكاح تترتب كل آثاره، ولايوجد من الأسباب ما يجعل آثار العقد وأحكامه متأخرة عن سببه، وهذه العقود لاتتم عادة إلا بعد إعمال الفكر والروية، فلا حاجة إلى خيار المجلس، ولأن عقد النكاح وما يشبهه موضوعه المرأة وهى آدمى حر، فإذا تم العقد بشأنها، كان من هوانها وابتذالها أن يجاز فسخه فور عقده، لهذا كله كان خيار المجلس غير ثابت أيضًا فى هذا النوع من العقود باتفاق الفقهاء.

والقسم الثالث العقود اللازمة القابلة للفسخ، وهذا القسم يشمل كل عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بكل أنواعه، والإجارات، وصلح المعاوضة، فهذه كلها يثبت فيها خيار المجلس[١] عند الشافعى، وأحمد بن حنبل، وذلك للتروية فى

---

(١) قد أخذنا هذا التقسيم من أحكام القرآن للجصاص الجزء الثانى عند تفسير قوله تعالى : **﴿يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة﴾** ومن أحكام القرآن للقرطبى فى الجزء الخامس فى =



شأنها، وليكون الرضا بهـا كاملا، ولذا يعتبر خيار المجلس لتـمام الرضا، وتقريره وتثبيتـه، والشافعى مـنطقى فى مذهبه، لأنـه وقد اشتـرط أن يكون القبـول فور الإيجـاب، ولايصح أن يكون بينهـما تراخ زمنى جـعل زمن التـروية للعاقـدين، الموجب والقابل معًا ممتداً إلى آخر المجلس، فجعل لكل واحد منهما الحق فى فسخ العقد اللازم القابل للفسخ، إلى أن تتفرق المجالس.

أما أبو حنيفة وأصحابه ومـالك رضى الله عنهم فقد منعوا خيار المجلس فى كل العقود سواء أكانت لازمة، أم غير لازمة.

١٠٦ ـ وقد استدل الشافعى وابن حنبل فى إثباتهما خيار المجلس بما يأتى :

(أ) مـا ورد من الآثار الصحـيحـة التى وافق على صـحة سندها، وصـدق روايتهـا المثبتـون لخيار المجلس والنـافون، فقـد ورد أن النبى ﷺ قال : «البيـعان بالخيار ما لم يـتفرقا» وروى أن ابن عمر كان إذا بايع أحـدًا، وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مشى قليلا ثم رجع، وذلك ليتم التفرق الذى جعل حدًّا لخيار المجلس ينتهى عنده، ولايمكن أن يفسـر الحديث إلا بأن العقد بعد تمامـه يستمر غـير لازم مادام العاقدان فى مجلس العقد لم يزايلاه، فإذا زايله أحـدهما فقد تفرقت المجالس فلا خيار، ولايصح أن تفسر كلمة (البيـعان) إلا بالعاقدين اللـذين تم بينهما الإيجاب والقـبول؛ لأن الكلمـة لا تحتـمل سوى ذلك، ولا تدل على غـيره، فـلا تفسـر بالمتساومـين قبل أن يرتبط كلاهما بكلامـه، لهذا، ولأن راوى الحديث، وهو ابن عمر، قد تفـهم أن المراد خيار المجلس، وفهم عدم لزوم العقـد قبل التفرق، ولذا كان إذا بايع وأراد أن يكون البيع نافذًا لازمًا سار خطوات، وراوى الحديث إذا كان من أهل الاجتـهاد والفقه يكـون تفسيره له حـجة مانعـة من الاحتمال، وقـاطعة للتردد، فلا يفسر الحديث بما سواه، ولأننا إن فـسرنا كلمة «البيعان» بأن المراد منها (المتساومان) مـا كان للحديث معنى جديد، لأن المعروف بالـبداهة والفقه والرأى، أن من يساوم فى شـراء شىء أو يبيعـه هو بالخيار لايـوجد بعد مـا يلزمه، ويمنع

= تفسير الآية السابقـة، ومن تفسير الفخر الرازى لهذه الآية الجزء الثـالث، ومن المجموع على المهذب الجزء التاسع.

تخييره، وتفسير الحديث بما لاثمرة له وهو بعيد الاحتمال والإرادة - غير مقبول ، لأن صاحب هذا الكلام منزه عن لغو القول، وسقطه الذى لامرمى له.

وإذا كانت الآثار واردة بثبوت خيار المجلس فى البيع، فهى تثبته فى كل عقد فيه معنى البيع، والعقود التى فى معنى البيع، وتتفق مع البيع فى العلة التى شرع من أجلها خيار المجلس - وهى التروى - هى عقود المعاوضات والعقود اللازمة التى تقبل الفسخ، وتفصل أحكامها عن أسبابها.

(ب) إن عقود المعاوضات قوامها التراضى، والرضا أساسه الاختيار الصحيح، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه، وهى عقود إذا أبرمت واستقرت لزمت، لذلك كان لابد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والتروية والتدبر، فكانت هذه الفسحة هى مجلس العقد، ففيه تمكين للعاقد من أن يتروى، ويتفكر ويتدبر، قبل الإيجاب والقبول وبعدهما، ليكون على بينة من أمره ؛ هذا والعرف قديمًا وحديثًا، على أن مجلس العقد فى عقود المعاوضات يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد، ولايعتبر العقد قد استقر وثبت وتأكد إلا إذا تفرق العاقدان مصرين على ما عقدا، فليست العقود كلمات تلقى، فتسجل على قائلها، ويقتنص بها، ولكنها إرادات ثابتة جازمة متوافقة، فكل ما يدل على الإصرار مطلوب، وكل ما يدل على التردد يجب أن يزال، وقد جعلت الآثار وعرف الناس تفرق المجالس دليلا على عزم عقدة التصرفات المالية[1]، وعلى انتهاء التردد المانع للزوم، فكان العاقدان بالخيار ما لم يتفرقا.

١٠٧ - وقد استدل لمالك وأبى حنيفة وأصحابه بما يأتى :

(أ) ورود الآثار الكثيرة بوجوب الوفاء بالعقود، ولاشك أن وجود العقد يتحقق بوجود العبارات المكونة له، المثبتة لماهيته، وهى العبارات الدالة على الإيجاب والقبول، وقد جاءت بوجوب الوفاء بالعقود النصوص المحكمة القاطعة فى ثبوتها وفى دلالتها، مثل قوله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾

---

(١) راجع فى هذه الأدلة المجموع على المهذب،الجزء التاسع، وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الخامس، والمغنى والشرح الكبير، الجزء الرابع.

[المائدة : آية ١]. فبتحقق العقد يجب الوفاء، وليس وجوب الوفاء إلا ثبوت الالتزام الذى أوجبه العقد، وشرعية خيار المجلس، وعدم ثبوت الالتزام إلا بتفرق المجالس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد، وفى ذلك مناقضة لنص القرآن الذى أوجب الوفاء لمجرد العقد، ولاشك أن الحديث غير المتواتر مهما يكن صحيحًا فى سنده، واضحًا فى معناه، لايصل إلى مرتبة مناقضة القرآن الكريم، فيجب الأخذ بالقرآن، ورد الحديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليه القرآن الكريم.

(ب) أن أساس عقود المعاوضات المالية الرضا، فالرضا هو مناط الأحكام التى تثبتها هذه العقود؛ ولذلك يقول الله تعالى فى شأن عقود المعاوضات : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾. [النساء : آية ٢٩].

ولاشك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات، فكل عقود المعاوضات أساس ثبوت آثارها، وما رتبه الشارع لها من أحكام هو التراضى بين العاقدين؛ وإذا كان التراضى بين العاقدين هو أساس الالتزام، فبتحقق رضا طرفى العقد يثبت الالتزام من غير حاجة إلى الانتظار إلى آخر المجلس، وإن شرعية خيار المجلس، وتأخير ثبوت الالتزام إلى نهاية المجلس إهمال لمعنى الرضا الذى دل عليه وجود الإيجاب والقبول من عاقلين مختارين حرى الإرادة وقد ثبت وتحقق واستقر، وكان له كل آثاره، وكأن الحكم ببقاء الخيار إلى آخر المجلس، وعدم ثبوت أحكام العقد إلا بعد الافتراق دليل على أن هذا الرضا لايكفى لإنشاء العقد، بل لابد معه من الافتراق، أو كأن دلالته على الالتزام مشروطة بالتفرق.

وقد يكون ذلك الكلام مستقيمًا، لولا أنه كان من الذين يرون فى خيار المجلس ما يناقضه، وذلك لأنهم قالوا إن أحد العاقدين لو قال للآخر بعد تمام الإيجاب والقبول : اختر الآن، فاختار فى الوقت نفسه يبطل خيار المجلس، وتثبت كل أحكام العقد من غير حاجة إلى التريث، حتى نهاية المجلس، فدل هذا على أن الرضا الأول كان كافيًا وحده لإثبات الالتزام، فتأخيره عنه فصل بين متلازمين وهما الرضا والالتزام الناشىء عنه، وذلك لايجوز.

وأيضًا فإن تفرق المجالس لم يعهد سببًا من أسباب الالتزام، بل عهد فكًّا لعقدة الكلام، وإبطالا للالتزام، كالتفرق قبل القبول، وإذا كان كذلك فلايمكن أن تعد الفرقة سبب الالتزام، بل السبب هو الرضا الأول.

(جـ) وقد استدل الحنفية والمالكية لإبطال خيار المجلس أيضًا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة، وهى العقود التى اتفق الجميع على عدم إثبات خيار المجلس فيها، وقالوا : إنه لافرق بين النكاح والمعاوضات فى كون كل منهما ينعقد بالإيجاب والقبول، وفى أن الرضا الذى دلت عليه عبارتا الإيجاب والقبول، هو مناط الالتزام فى كلا النوعين من العقود، فلا يصح التفرقة بينهما بجعل الرضا فى أحدهما لايوجب الالتزام إلا بتفرق المجالس، وعدم اشتراط ذلك فى الثانى، وإن هذا التفريق من غير مقتض يقتضيه، ولاداع يدعو إليه.

ولايقال : إن النكاح يفكر فيه قبله، والمعاوضات لايجرى فيها التفكير من قبل؛ لأن المعاوضات ذات الشأن والخطر يتروى فيها قبل العقد وما لايتروى فيه قبل العقد لايكون ذا شأن وخطر، والمعقول أن يكتفى فى دلالة الرضا به على مجرد الإيجاب والقبول [1].

هذه أدلة طرفى النزاع فى إثبات خيار المجلس، وعدم إثباته، ومن سياقها يتبين أن لكل وجهة هو موليها، ولاشك أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لايتم إلا بتفريق المجالس، وذلك أحرى بالقبول فى نظرنا.

* * *

---

(١) راجع فى هذه الأدلة فتح القدير فى أول البيوع، وأحكام القرآن للجصاص فى تفسير قوله تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾**.



الإرادة المنفردة، وإنشاؤها للالتزام

١٠٨ ـ مما تقدم يتبين أن العقد بمعناه العام قد ينعقد من غير أن يحتاج إلى ركنين إيجاب وقبول، وقد يحتاج لانعقاده إلى توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول، أما بالمعنى الخاص فإنه لاينعقد إلا بتوافق إرادتين؛ وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن العقد على التعريف الخاص لايتكون بإرادة منفردة، بل لابد فيه من إرادتين، أما بالمعنى العام فقد يتكون بإرادة منفردة.

ومهما يكن من أمر الاختلاف فى معنى العقد بين العموم والخصوص، فمن المقرر بلاخلاف أن التصرفات الشرعية التى ينشأ عنها التزام للشخص قد تنشأ بإرادة منفردة، وقد تنشأ بتوافق إرادتين، وعندئذ نجد الشريعة الإسلامية تتلاقى مع النظرية القانونية التى تقرر جواز إنشاء الالتزام بإرادة منفردة، ولاتتفق مع النظرية التى تقصر سبب الالتزام على ما يكون بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول.

١٠٩ ـ ومن أجل أن يستبين مقدار العلاقة الرابطة بين الشريعة وإحدى النظريتين وتباينها عن الأخرى يجب أن نقتبس قبسة مما كتبه القانونيون، لنجلى النظريتين مع الإيجاز الشديد، وللإطناب أهله ومواضعه من الكتب القانونية :

يختلف الفقه الألمانى عن الفقه الفرنسى فى كون الإرادة المنفردة منشئة للالتزام، فالفقه الألمانى يجعلها سببًا للالتزام، والفقه الفرنسى يقصر السببية الإرادية على العقد؛ ثم لايقتصر الأول على جعل الإرادة المنفردة من أسباب الالتزام، بل يقرر هذا، ويزيد أنها مناط الالتزام فى العقد الذى يتكون بتوافق إرادتين، فيقول إن إحدى الإرادتين هى التى تنفرد بإنشاء الالتزام؛ فإرادة المدين هى التى أنشأت الالتزام وإرادة الدائن ما اشتركت فى الإنشاء، ولكنها انضمت إلى الإرادة الأولى ليثبت الحق للدائن، فكأن العقد الذى يتم بإرادتين يتم فيه عملان :

أحدهما : إنشاء الالتزام، وقد استبدت به إرادة المدين منفردة.

والثانى : إثبات الحق للدائن، وذلك يتم بإرادة الدائن؛ لأن من المقرر أن حقًا لايثبت لشخص جبرًا عنه.

ويستدلـون لإثبات كون الإرادة المنفردة سببًا للالتزام بأن الإيجاب والقبول لايكونان فى وقت واحـد، بل يكونان فى زمانين، فـلابد لكى نسلم أن الإرادتين أنشأتا الالتزام متصاحبتين أن نفرض أن الموجب أصر على إيجابه إلى أن لحقه قبول القـابل؛ مع أنه لم يقم دليل علـى إصرار الموجب حـتى وقت القـبـول، والحكم بإصراره فرض وتقدير[1]، وليس بجزم ويقين.

ولايصح أن يحكم بالوجـود مع عدم اليـقين، وإذا لم يقم دليل علـى بقاء الموجب مـصراً على إيجابـه حتى تم القبـول، فلم يبق إلا أن نقـول إن الإيجاب وحده هو السـبب المنشىء للالتزام ولو لم يصر عليـه صاحبه؛ لأن الالتـزام وجد بلاريب، ولـم يصلح توافق الإرادتين سببًا له لاحتمال عدم الإصرار على الإيجاب قبل اتـصال القبـول به، فلم يبق إلا أن يكون الإيجـاب وحده سـببًـا، وإلا كان الالتزام مـوجودًا من غيـر أن يكون هناك سبب منشئ له، وذلك لاتسلمـه البداهة ولا القانون.

(٢) ويستدلون أيضًا بأن الإرادة تلزم صاحبها إذا التزمت من غير حاجة إلى انضمـام إرادة أخرى إليهـا، لأن الحرية لهـا تبعات، ومن تبـعاتهـا الالتزام المبنى عليهـا، وإذا كانت الإرادة الإنسانية قـد تحررت فى أبواب الالتزام من كل القـيود الشكلية، فـلابد من أن تسير فى تلك الحـرية إلى آخر مداها بأن نجعل لهـا إنشاء الالتزام منفـردة، وليس التمسك بضرورة تـوافق الإرادتين إلا أثارة من آثار الملكية لايصح التمسك بأهدابها؛ لأنها تحد من سلطان الإرادة.

(٣) وفوق ذلك يجب أن نقـرر أن التشدد فى جـعل الالتزام مقـصوراً على توافق الإرادتين يمنع صحـة ضروب من المعاملات يجب أن يفـتح الباب لها. وأن يسعهـا القانون كمن يجعل على نفسـه جعالة خاصة، ليكـافئ من يقوم بعمل من غير تعيين لشخصه.

---

(١) أو هو على حد تـعبيـر علماء الأصول اسـتصـحاب للحال، وذلك ليـس بحجة على البـقاء عند أكـثر الأصوليين.



ويحتج الفقهاء الفرنسيون فى رد هذه النظرية قاصرين الالتزام الإرادى على ما كان بتوافق إرادتين. (١) بأن الالتزام علاقة ونسبة بين شخصين تقتضى طرفين يشتركان فى إنشائه ملتزمًا وملزمًا له، مدينًا ودائنًا، فلا يتحقق إلا بعنصرين وطرفين، وما دام قوامه الإرادة؛ فلابد من تحقق الإرادتين، وتوافقهما على إنشائه. (٢) وأيضًا إن سلمنا أن إرادة واحدة تنشئه مع أن ذلك لايتفق مع طبيعته، فإن هذا التسليم سيؤدى حتمًا إلى أن الإرادة الواحدة تحله؛ لأن ما يجعل علة للوجود يكون عدمه علة للعدم أيضًا، فإذا كانت الإرادة المنفردة سببًا مستبدًا بالإنشاء، فالعدول عنها يجب أن يكون سببًا لحل الالتزام مع أن أحدًا لم يقل ذلك.

وما يدعيه أنصار الإرادة المنفردة من احتمال رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل، ثم اعتبار الإرادتين غير متوافقتين بيقين - ادعاء لايقوم على أساس صحيح، لأن العدول احتمال غير ناشئ عن دليل فلا عبرة به فى الاستدلال، بل إن كل الأمارات والدلائل تناقض ذلك الاحتمال؛ لأن من يكونان بصدد إنشاء عقد يتساومان ويتفاوضان، حتى تتلاقى إرادتهما ثم تصدر عنهما العبارات المنشئة للعقد قولا وكتابة؛ فالإرادتان متلاقيتان بلا ريب ولا جدال [١].

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف بين الفقهين الألمانى والفرنسى، فقد أخذ أكثر القوانين الحديثة بمبدأ الإرادة المنفردة على أنه مبدأ استثنائى لا قاعدة أصلية، ولقد أخذت به كثرة القوانين الحديثة فى أمور منها مبدأ تقيد الموجب بإيجابه بحيث لايسوغ له الرجوع فيه مدة معينة لايكون بعدها قبول غالبًا، ومنها الوعد بجائزة على عمل يقوم به شخص غير معين كمن يعد بمكافأة لمن يعثر له على شىء ضاع منه، فإنه يكون مأخوذًا بوعده وإن لم يعين الدائن، ومنها المؤسسات التى تكون لمصلحة جهة اجتماعية عامة، أو لطائفة معينة، فإن المنشئ لها يلتزم بوجوده، وإن لم يكن هناك دائن معين تتفق إرادته مع إرادة الملتزم[٢].

---

(١) ومصدرى فى هذه الأدلة مطول الأستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك فى نظرية العقد، فليرجع إليه فى تتميم بحثها، ص ١٨٤ وما يليها.
(٢) راجع كتاب نظرية العقد للدكتور السنهورى بك.

هذه خلاصة نظرية الإرادة المنفردة وإنشائها للالتزام، كما جاء بها الفقه الحديث ما بين آخذ بها، ورافض لها.

١١٠ ـ والآن ننتقل إلى الشريعة لنتعرف أتقرها أم تنفيها ؟ أتذهب مذهب المغالين فى الأخذ بها، أم تذهب مذهب المتشددين فى رفضها؟ الحق أن الشريعة بشكل عام تعتبر الإرادة المنفردة منشئة للالتزام فى كثير من الأحوال ولكنها لاتعتبر العقد الذى ينشأ بالإيجاب والقبول ولايتم إلا بهما قد استبدت بإنشائه إرادة الموجب وإرادة المدين، وأن إرادة القابل أو الدائن لم تكن إلا ليثبت له الحق باختياره، بل إن الشريعة بالنصوص الواردة فى مصادرها، وبالعبارات الجارية على أقلام فقهائها فى كتبهم وفتاويهم وأقضيتهم تنبئ كلها بأن العقد الذى لايتم إلا بالإيجاب والقبول، لايستند بإيجاد مقتضاه الإيجاب فقط، لأن العقد الذى يكون كذلك لايكون إلا ربط الإيجاب بالقبول، فما لم يوجد ذلك الربط بينهما لايوجد العقد ولا يوجد التزامه.

وينبنى على ذلك ما يقرره الفقهاء قاطبة من أن الإيجاب غير ملزم للموجب مالم يكن قبول؛ ولذلك يكون للموجب أن يرجع فى إيجابه متى شاء ما لم يكن قبول، فليس فى الشريعة إيجاب ملزم يمتنع على الموجب أن يرجع فيه، ويعدل عنه، بل الملزم هو القبول مع الإيجاب، بل لقد علمت أن بعض الفقهاء احتاط لجعل الإرادة من الطرفين جازمة قاطعة خالية من كل غرر، حرة بعيدة عن كل انخداع قريب الوقوع، فجعل لكلا المتعاقدين الحق فى العدول عن كلامه ما دام مجلس العقد قائمًا، ولم يتفرقا، لذلك نقرر أن الحالة التى يسميها الفقه الحديث الإيجاب الملزم حالة لاتقرها الشريعة[1]، بل يؤخذ من عبارات فقهائها وقواعدهم ما ينفيها ويناقضها كل المناقضة، ولا ندرى بأى حق تقرر القوانين الحديثة أن يقيد أحد الطرفين، حيث الثانى طليق لم يقيده شىء. إن مبدأ المساواة بين العاقدين الذى تتمسك به الشريعة كل التمسك ينافى ذلك كل المنافاة.

---

(١) لانعرف فى الشريعة إيجابًا ملزمًا للموجب إلا تمليك الرجل لزوجته أمر نفسها، فقد قالوا أنه إذا ملكها أمر نفسها كان لابد أن تقبل فى المجلس، وإلا لم ينعقد التمليك، ولكن ليس للزوج أن يرجع فى إيجابه، لأن ذلك بالنسبة له طلاق معلق على قبولها أى إسقاط معلق، والإسقاط المعلق ليس للشخص أن يرجع فيه.

والشريعة تعتبر الإرادة منشئة للالتزام فى كل تصرف ينشأ عنه التزام، ويتم من غير إيجاب وقبول متوافقين، والتصرفات التى من هذا القبيل كثيرة فمنها :

(أ) الوقف : وهو يقابل المؤسسات فى القوانين الحديثة، وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف إذا كانت أولى طبقاته جهة لاينحصر آحادها، فهو ينعقد، ويتم الالتزام الذى ينشأ بمقتضاه بمجرد صدور الصيغة الدالة على إنشائه، ونرى من هذا أن الإرادة المنفردة هى التى أنشأته، وأوجبت كل ما طواه مقتضاه من التزام تنفيذًا لما شرعه الله من مقتضيات للوقف، وآثار لهذا التصرف. أما إذا كانت أولى طبقاته أشخاصًا معينين، كأن يقول الواقف مثلا وقفت على فلان وفلان أو على أولاد فلان؛ فالكثرة الغالبة من الفقهاء على أن الوقف ينعقد لازمًا بمجرد صدوره، ولكن لايثبت الحق للمستحق المعين إلا بقبوله. وقد قالوا إنه يكتفى بالقبول بعدم الرد، فلايشترط القبول الإيجابى بأن يقول قبلت، بل يكتفى بالقبول السلبى الضمنى وهو ألا يرد. وذلك لكيلا يثبت حق الشخص من غير إرادته، ولكيلا يدخل فى ملك الشخص شىء مجبرًا عنه، فإن من المقرر فى الشريعة الإسلامية أنه لايدخل شىء فى ملك شخص جبرًا عنه بأى سبب سوى الميراث على ما نوهنا فى أسباب الملك العامة؛ فيكون الوقف على معين ومن بعده على جهة بر لاتنقطع قد تضمن أمرين : (أحدهما) الالتزامات العامة التى من مقتضاها تقيد الواقف بمنعه من التصرف فى العين والغلات على غير الجهات المنصوص عليها فى كتاب وقفه، وبغير الأحوال التى نص عليها الشارع، وأجازها فى التصرفات فى الأحباس منافعها وأعيانها. (وثانيهما) ثبوت الحق فى الغلات للمستحق المعين، فأما الأول فيثبت بالإرادة المنفردة، وأما الثانى فلابد له من قبول من الشخص المعين، وقد صرحت كتب الفقه الحنفى بأنه يكتفى بعدم الرد فى القبول [1]. وقد جاء فى الإسعاف ما نصه : «قبول الموقوف عليه الوقف ليس بشرط إن وقع لأقوام غير معينين كالفقراء والمساكين، وإن وقع لشخص بعينه وجعل آخره للفقراء يشترط

---

(١) راجع فى هذا بحث مشكلة الأوقاف للمؤلف الذى نشر بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد السابع، ص ٧١٢ وما يليها.

قبوله، فإن قبله كانت الغلة له، وإن رده تكون للفقراء، ويصير كأنه مات» اهـ. وإذا قبل المستحق الاستحقاق، فليس له أن يرد بعد ذلك؛ لأن فى ذلك نقضًا لما تم من جهته، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وإن رد فليس له أن يقبل لما ذكرنا، ولأن الرد جعل لغيره ممن يليه، أو لجهة البر حقًّا ليس له أن ينقضه إذ رده تصرف قد ترتب عليه حق لازم لغيره، فلايصح أن يعتدى عليه بالرجوع فيه.

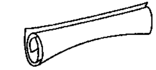
ومن كل هذا يتبين بجلاء أن التزامات الوقف من حيث وجودها وتقييد الواقف بها تنشأ بإرادة منفردة، ولكن حق المستحق المعين فى الغلات لايثبت إلا بقبوله، وقد صرحت كتب الحنفية بأن القبول يكتفى فيه بعدم الرد.

(ب) الإبراء: فهو يتم من الدائن بغير حاجة إلى قبول المدين، وقد ذكر الفقهاء من الفروق بينه وبين هبة الدين لمن عليه الدين أن هبة الدين تحتاج إلى قبول، أما الإبراء من الدين فلايحتاج إلى قبول، ولكن مع أن الإبراء من الدين لايحتاج إلى قبول فهو يرتد بالرد[1]. بمعنى أنه يكتفى فى رضا المدين ألا يرد، وإنما اشترط عدم الرد؛ لأن من ذوى المروءات من لايقبلون من الدائنين إبراءهم. ومما يعتبر من الإبراء حط الزوجة المهر عن الزوج، ونقص جزء منه، فإنه يعتبر إبراء يرد بالرد، ولايحتاج إلى القبول إذ يكتفى فى الرضا فيه بعدم الرد.

هذا مذهب أبى حنيفة بالنسبة للإبراء، أما مذهب مالك، ففيه خلاف، فمن الفقهاء من قال إن الإبراء لايتم إلا بالقبول، ومنهم من قال إنه يتم من غير قبول، وذلك لأن بعضهم اعتبره إسقاطًا، فقال إنه لايحتاج إلى قبول، ومنهم من قال إنه تمليك الدين للمدين، فقال إنه يحتاج فى انعقاده إلى قبول المدين، وقد ذكر صاحب الفروق الرأيين فقال: «الإبراء من الدين أيفتقر إلى القبول، فلا يبرأ المدين من الدين حتى يقبل؟ أم يبرأ إذا أبرأه الدائن وإن لم يقبل؟ خلاف بين العلماء، فظاهر المذهب اشتراط القبول، ومنشأ الخلاف هل الإبراء إسقاط؟ والإسقاط لايحتاج إلى القبول كالطلاق والعتاق، فإنهما لايفتقران إلى قبول المرأة،

---

(١) راجع كتاب الأشباه والنظائر، الجزء الثانى، ص ٤٢، ٤٨. وقاعدة انعقاد الإبراء من غير حاجة إلى القبول الصريح قد استثنى منها مسائل منها الإبراء من المسلم فيه؛ فإنه لابد فيه من القبول.



والعبد؛ ولذلك ينفذ الطلاق والعتق وإن كرهت المرأة والعبد، أم هو تمليك لما فى ذمة المدين، فيفتقر إلى القبول، كما لو ملكه عينًا بالهبة، أو غيرها، فلابد من رضاه وقبوله، وكذلك ههنا، ويتأكد ذلك بأن المنة قد تعظم فى الإبراء، وذوو المروءات والأنفة يضر ذلك بهم، ولاسيما من السفلة، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده نفيًا للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها، أو من غير حاجة إليها».

وترى من هذا أن الفرق هين بين مذهب أبى حنيفة، والراجح من مذهب مالك، فإن المذهبين اتفقا فى أن المدين له الحق فى دفع ضرر المن والأذى عن نفسه، ولكن أبا حنيفة أعطاه حق رد الإبراء فيبطل؛ وإن كان لايحتاج فى أصل انعقاده إلى القبول، والمرجح من مذهب مالك رضى الله عنه جعل الإبراء لاينعقد إلا بالقبول ترجيحًا لجانب التمليك فيه، ولدفع أذى المن وظهور الاحتياج[1].

(جـ) الكفالة : تنعقد بإرادة واحدة عند الإمام مالك رضى الله عنه؛ ولذا تصح ولو كان المكفول له غير معين أو غائبًا ، وتنعقد، ويجب الوفاء على الكفيل، ولو كان القبول لازمًا ما انعقدت إلا فى حضرة المكفول له، وللزم أن يكون معينًا معروفًا، ولكن لايلزم شىء من ذلك، فدل هذا على أن القبول من المكفول له ليس بلازم لانعقاد الكفالة، كما أن الإذن من المدين المكفول عنه ليس بلازم[2] أيضًا، فالكفالة إذن عند مالك تنعقد بإرادة واحدة، وهى إرادة الكفيل، وهذا هو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه، وهو قول أبى يوسف من أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنهم وعنه. أما قول أبى حنيفة ومحمد فالقبول ليس بلازم لانعقاد الكفالة، ولكن أبا يوسف يرى أنه وإن كان القبول ليس بلازم لانعقاد العقد، ترتد الكفالة برد المكفول له، أما مالك فيستفاد من كتبه أن رد المكفول له لايبطل الكفالة؛ ولذا لو ذهب الكفيل وأدى الدين لزمه قبوله، وليس له أن يرد الدين بحال من الأحوال[3].

---

(١) يلاحظ أنه فى القانون المدنى لايتم الإبراء إلا باتفاق بين الدائن والمدين، راجع ص ١٧، من نظرية العقد للدكتور السنهورى بك.
(٢) راجع الشرح الكبير الجزء الثالث، ص ٣٠٣ وحاشيته.
(٣) راجع الكتاب المذكور.

وقد استدل المشترطون للقبول بأنه عقد كسائر العقود. فلايتم إلا بإيجاب وقبول، ولأنه فيه معنى التمليك للمكفول له؛ فلابد من قبوله؛ لأنه لايدخل شيء فى ملك شخص جبرًا عنه.

وقد استدل الذين قالوا إن القبول ليس بلازم : (ا) بأن رجالا تعهدوا بأداء دين على ميت على عهد رسول الله ﷺ، فأقر تعهدهم ولم ينكره، (ب) وبأن المريض إذا قال لورثته اضمنوا عنى ما على من ديون لغرمائى والغرماء غيب، فضمنوه صح الضمان وألزموا به، ولا فرق بين المريض والصحيح فى هذا. (جـ) وبأن الكفالة ليست تمليكًا فى أصل انعقادها، بل هى فى معناها، ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة، فليست عقد تمليك، فلا يلزم لها القبول.

وهذا المتتبع للتصرفات الشرعية المستقرئ لها يجد فى ثناياها تصرفات كثيرة تتم وتلزم بإرادة واحدة منفردة، فمثلا يجد المتتبع لأحكام الشفعة أن الفقهاء يقررون أن البائع لو حط عن المشترى بعض الثمن لزمه ذلك بالنسبة للشفيع، وإن لم يصدر قبول لذلك الحط من الشفيع، فكان ذلك تصرفًا يتم التزامه بعبارة واحدة، تنبئ عن إرادة واحدة.

وهناك قاعدة عامة فى الشريعة أن كل تصرف هو فى أصله للإسقاط لا للنقل، ينعقد بإرادة منفردة، وهى إرادة من يملك الإسقاط، ولو ترتب على الإسقاط حقوق وواجبات، فالطلاق يتم بإرادة واحدة، وإن ترتب عليه حقوق للمرأة، ومنها وجوب مؤخر الصداق، ووجوب العدة عليها، وغير ذلك.

ومن هذا كله يتبين أن الإرادة المنفردة لها مكانها فى الالتزامات الشرعية، ولكن فى التصرفات التى لاتنعقد بإيجاب وقبول. أما ما ينعقد بالإيجاب والقبول، فالإرادة المنفردة ليست هى مناط الالتزام فيه. والله الهادى إلى سواء السبيل، وشرعة الحق.

الرضـــا

١١١ ـ ذكرنا أن أساس العقد هو إرادة العاقد المفهومة من عبارته، وهذا إذا فسـرنا العقد بالمعنى العـام الذى يشمل كل تصـرف شرعى، أو هو توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول إن قـصرنا العقد على المعنى الخاص، وهو الذى لايتم إلا بالإيجاب والقـبول، وعلى أية حال يكون أسـاس العقد الإرادة، وعقـد النية. والإرادة لها عنصران لاتتحقق بدونهما : أحدهما الاختيار، وثانيهما الرضا.

والاختيار كما يفهم من كـتب الحنفية وفروعهم، والأحكام التى يرتبونها هو القصد إلى الفـعل الذى يستطيعه الشـخص، سواء أكان ذلك الفعل قـولا أم غير قول، فالاختـيار فى العقود القصد إلى النطق بالعبـارات التى تنشأ بها، ما دام فى استطاعتـه النطق بتلك العبارات، قاصـدًا النطق بها، متعـمدًا ذلك، ويشمل ذلك القصـد ثلاثة أحوال : (١) حال القـصد إلى معانى العـقود، والرضا بأحكامـها، والرغبة فى آثارها، (٢) وحـال قصد النطق بالعبـارات المنشئة للعـقد غيـر قاصد لأحكامـها بـأن كان هازلا؛ لأنه قـد توافـر القصـد إلى النطق، وبذلـك يتحـقق الاختـيار. (٣) كمـا يشمل أيضًا حـال النطق بعبـارات العقد تحت تأثيـر إكراه أو إرغام، لأن القصد إلى فعل مستطاع ثابت مع الإرغام، متحقق فيه وإن كان الرضا غير متحقق، ولا ثابت.

هذا هو الاختيار، كما يفهم من كتب أبى حنيفة وأصحابه، فهو لايتنافى مع الهزل، ولا مع الإكـراه، أما الرضا فهـو الارتياح إلى العقد، والرغـبة فيه، فـهو لايتحقـق بمجرد القصد إلى العـبارات المنشئة للعـقد، والرغبة فيـه، بحيث يحس العاقد بأن مباشرته للعقد قد أشبعـت حاجة فى نفسه، وملأت رغبة من رغباتها، فالرضا إذن لايقتضى مجرد قصد كالاختيار. بل لايتحقق إلا بقصد كامل يشيع فى جوانح النفس، ويكون ملء الرغبة، ولذا يقـول صاحب كشف الأسرار : «الرضا امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايتـه، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها، كما يفضى أثر الغـضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه

بسبب غليان دم القلب»[1]. فالرضا إذن لايتحقق مع الهزل، ولا مع الخطأ، ولا مع الإكراه.

وخلاصة القول أن مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق مجردًا من الرضا، وإن كان الرضا لايمكن أن يتحقق من غير اختيار؛ إذ الرضا اختيار كامل قد بلغ نهايته، أو هو امتلاء الاختيار على حد تعبير صاحب كشف الأسرار.

أما ما يفهم من أحكام مذهب الشافعي وغيره من المذاهب فى معنى الاختيار فغير ما يفهم من فروع الحنفية؛ إذ الاختيار عند الشافعى هو القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما فى النفس، ودليلا على رغباتها وغاياتها، فإذا لم تتوافر فى العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار، لأن العبارات حينئذ لاتدل على القصد النفسى، فلايكون اختيار فى مجرد قصد النطق، وعلى ذلك لايتحقق الاختيار مع الهزل، كما لايتحقق مع الإكراه والنسيان والخطأ؛لأن العبارات التى قصد النطق بها فى كل هذه الأحوال لاتدل على قصد نفسى، وليست ترجمانًا على ما يخالج النفس من رغبات؛ فالهازل قامت القرائن على أنه ما تكلم بعبارات العقود قاصدًا معانيها وآثارها، فتجردت العبارات من الدلالات على الرغبة الكامنة، والمكره ما كانت عبارته دالة على قصد إلى العقد. ولكنها تدل على قصد إلى دفع الأذى، ومنع الضرر، واتقاء الشر،وليس ذلك من قصد النفس إلى العقد ورغبتها فيه فى شيء[2].

ومن هذا يفهم بلاريب أن الاختيار والرضا متلازمان عند الشافعى وغيره ما عدا الحنفية، فلا يتحقق اختيار مجرد عن رضا، كما أن الرضا لايتحقق من غير اختيار.

١١٢ ـ ولنعد ثانية إلى تكميل بيان مذهب أبى حنيفة وأصحابه فى الاختيار: وقد بينا أن مذهب الحنفية لاينظر فى تكوين الاختيار إلا إلى القصد المجرد، من غير نظر إلى الرضا والارتياح، والعبرة فى ذلك القصد عندهم هى فى

---

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام، الجزء الرابع، ص ٥٠٢.
(٢) راجع الكتاب السابق، ص ١٥٠٥.



القصد إلى مباشرة السبب وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر إلى القصد لأحكامها، ولذلك يقال إن الهازل مختار للعقد، وإن كان قد نادى جهاراً من قبل أو من بعد أنه ما قصد ولايقصد إلى الأحكام ولا يريدها ولايبتغيها، ولايرمى إليها، ولا اعتبار لها فى نظره؛ لأن الاعتبار فى تكون الاختيار فى القصد المجرد إلى النطق بالعبارات المنشئة للعقد من غير نظر إلى ما سواها، ولا تفكير فى غيرها.

والعماد الأول لتكوين العقود فى مذهب الحنفية إنما هو الاختيار، أما العنصر الثانى وهو الرضا، فليس بلازم لانعقاد العقود، ولكنه لازم لصحة [1] أكثرها، وعلى ذلك نقول إنه إذا وجد الاختيار مع استيفاء بقية ما يجب توافره لانعقاد العقد فقد وجد العقد، وإن لم يكن رضا وارتياح نفسى، وقصد إلى الأحكام والآثار، لأنه لايلزم لانعقاد العقد الرضا، بل هو شرط لصحة العقد بمعنى ترتيب آثاره الشرعية عليه، وإقرار الشارع له؛ ولايلزم من وجود العقد صحته، وترتب آثاره بمجرد تكونه، بل قد يوجد ويكون فاسداً، وعلى ذلك نقول: إنه إذا كان أحد العاقدين فى بيع أو إجارة أو نحوهما مكرهاً على العقد غير راض به ينعقد عقده، ويكون فاسداً؛ لأن العماد الأول، وهو الاختيار قد وجد بالقصد إلى مباشرة السبب، فينعقد العقد؛ ولكن لم يتوافر شرط من شروط الصحة، وهو الرضا والارتياح، فيكون العقد فاسداً، وكذلك إذا باع أو اشترى أو آجر مثلا، وكان هازلا عند مباشرة العقد، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك، ففى هذه الحال ينعقد العقد، ولكن لأن الرضا، وهو الارتياح والرغبة فى أحكام العقد غير متوافر - لم يصح العقد، بل يكون فاسداً، مادام مصراً على الهزل، ولم يعدل عنه، فإن عدل عنه انقلب العقد صحيحاً، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضا والرغبة لوجود الهزل، وقد زال بالإعراض عنه، والرغبة فى أحكام العقد؛ ومن المقررعند الحنفية أنه إذا فسد العقد لسبب من الأسباب التى تتعلق بالرضا

---

(١) إذا لم يتوافر ما يجب توافره لانعقاد العقد يكون باطلا؛ وإذا توافرت أركان الانعقاد، ولم يتوافر ما يجب توافره للصحة كان العقد فاسداً، وهذه التفرقة بين الانعقاد والصحة، وبين الباطل والفاسد خاصة بالحنفية، وقد بينا ذلك تمام البيان فى موضعه من بحثنا.

يزول الفساد بزوال ذلك السب، ولأن العقد مع الهـزل بمنزلة العقد مع خيار شرط لـم تبين مدته(١).

١١٣ ـ ومما تقدم نرى أن الحنفـية ينظرون فى تكوين العقـود إلى صورها، ومظاهرها الحسـية، من غير اتجـاه إلى النيات، والرغبـات المستكنة التى تدفع إلى العقود، والـغايات التى يرمى إليها العـاقدون، فإذا وجدت العـبارات الحسيـة فقد وجد العقد.

أما الآثار فـتلزم إن وجد الرضا، وإن لم يوجـد رضا فبعض العـقود يكون فاسـدًا، لاتترتب آثاره عليـه، ولايقر الشـارع العاقدين على وجـوده، بل يوجب فسـخه وزواله أو الرضـا به، وبعض العقـود ينعقـد وتلزم آثاره، وتتحـقق بمجرد الوجود الحسى بالقصـد إلى العبارة المنشئة للعقد، والنطق بهـا. ولنبين بإيجاز كلا النوعين من العقود والتصرفات :

التصرفات تنقسم إلى قسمين :

(أحدهما) يقبل النقض كعقود المبادلات المالية، والعقود التى تكون الأموال مقصودة بالذات فيـها، فهذه تنعقد لازمة إن كان من شـأنها اللزوم، ولكنها تقبل الفـسخ برضا العـاقدين أو بشـرط يجيـزه كخيـار الشرط، وهذه تـنعقد بـوجود الاختيـار، لكن لاتكون صحيحة إلا إذا وجـد الرضا، فهى لاتكون صحـيحة مع الإكراه، ولا مع الهزل؛ لأن الإكـراه والهزل يعدمان الرضا، ويمـحوانه، فلايصح معـهمـا هذا النوع من العـقود؛ لأن الرضـا لازم لصحتـها، وإن لم يكـن لازمًا لانعقادها، فإذا صحب هذه العقود إكـراه أو هزل فهى منعقدة فاسدة، حتى يزول الإكراه ويوجد رضا، أو يعدل الهـازل عن هزله، ويصر على العقد، ويرضى به، لأن سبب الفساد هو عدم الرضا، وقد زال بوجوده، فيزول معه الفساد.

(ثانيهما) تصرفات لاتقبل النقض فى الجـملة إن وجدت كالنكاح والطلاق والعتاق، فإن هذه التصرفـات إن انعقدت تكون لازمة، ولا تقبل النقض فى أصل شرعتها، وإن كانت هناك أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها.

---

(١) خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة، وإذا اشترطه أحد العاقدين لاتلزمه آثار العقد فى مدة الخيار.



وهذه التصرفات التى لاتقبل النقض تظهر آثارها بمجرد انعقادها، وتوجد أحكامها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها، ولذلك يعبر الفقهاء عنها بأنها لاتتراخى أحكامها عن أسبابها.

ولأن هذه التصرفات لاتقبل النقض، ولايعروها الفسخ فى أصل شرعتها، ولأن أحكامها توجد بمجرد وجود العبارات المنشئة لها، قال الحنفية: إنها تنعقد صحيحة، ولو لم يتوافر فيها الرضا؛ فالهزل والإكراه لايؤثران فى صحة النكاح، بل ينعقد النكاح صحيحًا مع الإكراه والهزل، لأن الرضا ليس بشرط لصحته، وأن أحكامه لاتنفصل عن وجود سببه، وسببه يتحقق بالقصد إلى العبارات المنشئة له مع سائر ما يشترط لانعقاده، والقصد إلى العبارات المنشئة له هو الاختيار المطلوب، وهو يكون مع الإكراه، فينعقد النكاح معه، وإذا انعقد ظهرت أحكامه بمجرد انعقاده فلايؤثر فيه عدم الرضا.

ولاشك أن هذا التقسيم الذى يجعل بعض العقود يلزم فيه الرضا وبعضه لايلزم فيه إنما هو عند الحنفية، أما عند الشافعية ومن سلك مسلكهم - وهو أحرى بالاتباع - فالرضا ملازم للاختيار لايتحقق أحدهما من غير الآخر، وكلاهما لازم لانعقاد العقود؛ سواء فى ذلك ما يقبل النقض، ولايتصل حكمه بسببه، وما لايقبل النقض، ولايتراخى حكمه عن سببه، فالنكاح وأخواته لاتنعقد مع الإكراه عند غير الحنفية، لأن الاختيار اللازم لصحة العبارات المنشئة للعقد لايتحقق إلا مع الرضا، ولاشك أن الإكراه يعدمه [1].

١١٤ - وما دمنا نتكلم عن الرضا فى العقود، وأثره، وأحكام العقود إن فقدته، وجب أن نشير إلى موضوع يتكلم فيه الفقه الحديث فى العقود وأقسامها، وهو العقود الرضائية، والعقود الشكلية.

---

(١) أخذنا ذلك الجزء وما سبقه من أصول فخر الإسلام وكشف الأسرار فى عوارض الأهلية ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥٠٢، ١٥٠٣، والتقرير والتحبير، الجزء الثانى فى عوارض الأهلية، وشرح المنار، ومرآة الأصول فى عوارض الأهلية، ويلاحظ أن الشافعى يرى أن الإكراه الباطل هو الذى يبطل التصرفات، وأما الإكراه الحق فلا يبطلها.

لقد كانت العقود فى أوروبا قبل القرن الثالث عشر الميلادى شكلية فى جملتها، بمعنى أن العقد لايعتمد فى وجوده على إرادة العاقدين ورضاهما، ولاتعتبر العلة المنشئة للعقد تراضى طرفيه على ما فيه من إلزام والتزام، بل عماد وجود العقد رسوم وأشكال يلزم القانون بها، ليكون للعقد قوة الإلزام، ولينشأ به الالتزام، فإذا وجدت تلك الرسوم وهذه الأشكال، فقد وجد العقد من غير نظر لإرادة العاقدين ورضاهما، ومن غير نظر إلى ما يدل على ذلك الرضا من عبارات، ما دامت الرسوم والأشكال قد توافرت.

فلما جاء القرن الثالث عشر، وجاء ما سمى بعصر النهضة. نهضت الإرادة الإنسانية تفرض وجودها فى العقد فرضًا ملزمًا، لتكون هى العنصر المكون له.

ثم أخذت العقود فى التحول والانتقال من عقود شكلية إلى عقود رضائية، حتى صارت الإرادة هى الأساس الأول لتكوين العقد، والعلة المنشئة له، والمناط الذى يرتبط به العقد وجودًا وعدمًا، فإن وجدت وجد، وإن لم توجد لايكون العقد، وإن لحقها عيب لحق العيب ذلك العقد، فأثر فى كونه ووجوده، ولكن بقيت آثاره من الرسوم والأشكال، فكان من الضرورى لاعتراف القانون بآثار بعض العقود واحترامها بعض الأشكال، مع وجود الإرادة والرضا، كاشتراط التسجيل لنقل الملكية فى العقود الناقلة للملكية إذا كان محل العقد عقارًا.

ولاتزال بعض العقود لايكفى فى تكوينها الرضا من الطرفين، بل لابد أن يضاف إليه أمور شكلية ليتكون العقد، ويتقرر كعقد الهبة فى القانون المصرى، فإنه لايتكون بمجرد وجود الرضا من الطرفين، بل لابد لوجوده من الرضا والأمور الشكلية، ولكن ذلك النوع من العقود الشكلية قليل، ومع قلته يختلف عن شكلية القرون القديمة، لأن الرضا فى القديم لم يكن عنصرًا من عناصر تكوين العقد، ولذلك ما كان يطعن فى العقد بالغلط والتدليس والإكراه[1].

١١٥ ـ بعد هذه الإشارة السريعة نقول إنه مما لاشك فيه أن الأصل فى العقود فى الشريعة الإسلامية أنها تقوم على القصد وإرادة العاقدين، وأن الرضا

---

(١) راجع كتاب الالتزامات للأستاذ الدكتور السنهورى بك، هامش ص ١٥.

لازم لصحة العقود فى الجملة إلا ما استثنى عند الحنفية وحدهم، فالأصل فى العقود فى الشريعة أنها لاتحتاج فى تكوينها إلا إلى قصد عاقديها من غير حاجة إلى أمور شكلية يشترطها الشارع.

ولذلك نستطيع أن نقول غير مغالين إن العقود الشرعية من النوع الذى يسمى فى القانون عقودًا رضائية، وليست من النوع الذى يقال إنه عقود شكلية، فالشريعة لاتعرف فى جملتها الشكلية فى العقود، ولاتشترط أى شيء لتكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إنشائه، غير أنه يجب أن يلاحظ أمران؛ نرى فيهما بعض الشكلية؛ إذ نراها ذات أثر واضح، بل ذات سلطان مكون فى العقد فى بعض صورها :

أحدهما ـ أن من العقود ما يقرر أبو حنيفة وأصحابه أنه يكفى لانعقادها أن يقصد العاقد إلى النطق بالعبارات الدالة على العقد، ولو كان العاقد مكرهًا، وتنعقد هذه العقود لازمة صحيحة مع الإكراه، وهى العقود اللازمة غير القابلة للفسخ كالنكاح، وكالخلع بالنسبة للرجل لا للمرأة، وغير هذا النوع من العقود أيضًا يكفى لانعقاده القصد أيضًا إلى اللفظ الدال على العقد، وإن لم ينطق به، ولكنها تكون مع الهزل والإكراه فاسدة لاصحيحة، والمعروف المقرر عند أبى حنيفة وأصحابه أن العقد الفاسد منعقد، ويرتب له الشارع أحكامًا بقيود وشروط خاصة؛ فهو على أية حال عقد له وجود وكيان لهذا، وبدليل أنه إذا زال سبب الفساد انقلب صحيحًا بالعبارات السابقة المنشئة له من غير عبارات أخرى جديدة، وهذا كله على أن الرضا ليس بلازم لانعقاد العقود عند الحنفية، وإن كان لازما لصحة أكثرها، وإنما تنعقد العقود بنطق العاقد بالعبارات المنشئة لها، قاصدًا النطق، من غير نظر إلى الرضا، وكون النطق معبرًا عن الرغبة والارتياح أو غير معبر.

ولكن جمهور الفقهاء يرى أن الرضا لازم لانعقاد العقود كلها من غير تفرقة بين عقود قابلة للنقض، وعقود غير قابلة له، فإذا وجد الرضا مع كل ما يجب توافره من الشروط اللازمة لانعقاد العقد، كان صحيحًا، وإن لم يوجد لم ينعقد، ولايعترف جمهور الفقهاء بعقد ينعقد ويكون فاسدًا، إذ لافرق عندهم بين الفساد والبطلان، فكلا العقد الفاسد والباطل عقد غير منعقد.

ثانيهما ـ اتفاق الفقهاء على أن الرضا فى عقد الزواج لايكفى لصحة الانعقاد، بل لابد لكى يكون العقد صحيحًا من الإعلام، واكتفى بعض الأئمة بشهادة شاهدين لهذا الإعلام، ولم يكتف بعضهم بالشهادة، إذا لم يتوافر معها الإعلام، وذلك لأن الإعلام غرض مقصود فى الزواج، إذ قد وردت الآثار متضافرة مقررة أن فرق ما بين الحلال والحرام الزفاف والإعلان، وقد جاء فى فتاوى ابن تيمية ما نصه : «أمر بالولى والشهود ونحو ذلك فى النكاح مبالغة فى تمييزه عن السفاح، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا، حتى شرع الضرب بالدف، والوليمة الموجبة لشهرته، ولهذا جاء فى الأثر : المرأة لاتزوج نفسها؛ فإن البغى هى التى تزوج نفسها[١]. وأمر فيه بالإشهاد، أو بالإعلان. أو بهما جميعًا، ثلاثة أقوال»[٢].

١١٦ ـ وعلى ذلك يصح أن نقول إن عقد الزواج عقد شكلى، لأنه لايكتفى فى تكونه برضا العاقدين، بل لابد مع هذا الرضا من الإعلان والشهرة، أو شهادة الشهود. وإن شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح على مذهب جمهور الفقهاء الذين لايفرقون بين العقد الفاسد والباطل من جهة عدم الانعقاد، بل هما لفظان مترادفان فى نظر الجمهور. فالجمهور من الفقهاء يرون أن عقد الزواج لاينعقد من غير الشهود، أو من غير الإعلان، أو من غيرهما على الخلاف فى ذلك بينهم.

أما مذهب الحنفية الذى يقول إن الشهود شرط لصحة النكاح، وليسوا بشرط لانعقاده، فهو الذى يحتاج إلى النظر؛ أيعتبر فيه عقد النكاح عقدًا رضائيًّا؟ أم يعتبر عقدًا شكليًّا؟ قد قال بالثانى، وهو كونه شكليًّا أكثر من كتبوا فى الالتزامات فى الفقه الحديث، وقرره الأستاذ الدكتور السنهورى بك فى نظرية العقد؛ ولكن جاء فى عبارات بعض حضرات الكتاب من أساتذة الشريعة الإسلامية ما يفهم منه أن عقد الزواج رضائى، وليس بشكلى، لأن الرضا هو العنصر الأساسى فى

---

(١) أكثر الأئمة يرى أن النكاح لاينعقد بعبارات النساء، بل لابد من ولى يتولى عبارته.
(٢) فتاوى ابن تيمية، الجزء الثالث، ص ٢٧٠، ٢٧١.

تكوين العقـد، وحضور الشهـود شرط صحة فـقط، ونهج مثل هذا المنهج بعض قليل من كـتاب الفـقـه الحديث. والرأى عندى أن عـقـد الزواج عند أبى حنيفـة وأصحابه ينطبق عليه اسم العقد الشكلى ومـا يحتج به من أن عدم حضور الشهود فيه يتـرتب عليه أن يكون النكاح فاسدًا لا باطلا ـ لا جداء فـيه ولا ثمرة، لأن من فقهـاء الحنفية من لايفرق بين باطل النكاح وفـاسده، فإن التفرقـة بين باطل عقود المعاوضات وفاسـدها أمر مقرر، لوضوح الفرق بين آثارهما فيـها. أما النكاح فلا فرق بين آثار العقد الفاسد، والعقد الباطل[1]، وهذا رأى كمال الدين بن الهمام، وذكـره على أنه المقـرر الثـابت فى المذاهب، وابن الهـمـام هو من نعلم من دقـة وإحكام نظر وتحـريًا للصدق فى النقل. وإذا لـم يكن ثمة فـرق بين باطل النكاح وفاسده، بل كل نكاح غير صحيح هو نكاح لايعتبر موجودًا فى نظر الشارع؛ لأنه لايرتب عليه أى أثر من الآثار التى تكون لعقد النكاح فى ذاته، فمن الواجب إذن أن نقول إن حضور الشهود له أثر فى كيان العقد. فيكون النكاح عقدًا شكليًّا.

ولو تنزلنا فى التـسليم، أو أخـذنا بطريقـة من يفـرقون بين فـاسـد النكاح وباطله، وقلنا إن النكاح من غـير شـهود فاسـد لاباطل، فإنا نجـد هذا النوع من النكاح لايعترف به الشارع، بدليل أنه لايثبت به من غير الدخول مهر، ولاتثبت به نفقـة، ولايكون لأحد الزوجين أى حق من حـقوقه، ويجب التـفريق، وإن علم القضاء بأن شخصين يتعاشران بمقـتضى هذا العقد فرق بينهما، وفوق ذلك لاتثبت به حرمة مصاهرة، ولو كان عقدًا مـعترفًا به من الشارع يقر بوجوده وتكوينه لكان مثبتًـا لحرمة المصاهرة. لأنه نكاح موجود، ولكن الثابت غـير ذلك، أفلا يجوز لنا بعد هذا أن نقـول : إن النكاح من غيـر شهـود نكاح غير مـعتـرف به من الشرع

---

(١) يذكر الفقهـاء من صور بعض النكاح غير الصحيح واعتـبار العقد فيها كأن لم يكن، وأن الدخـول بسببه يعتبر زنى صورًا ثلاثًا. (إحداها) إذا كانت عبارة العقد صادرة عن غير ذى أهلية. (ثانيها) إذا تزوجت المسلمة غير مـسلم. (ثالثها) إذا تزوج الشخص إحـدى محارمه أو زوجة الغـير عالمًا بالحرمة، فـفى هذه الصور قال بعضهم إن النكاح باطل، وإن الدخول بسببه زنى لايوجب عدة، ولايثـبت نسبًا، وفهم كثيرون أن النكاح غير الصحيح منعقد فاسدًا فى غيرها، بدليل أنه يوجب عدة ويثبت نسبًا ومهرًا عند الدخول، وفى الواقع أن ذلك ليس منشؤه اعتـراف الشارع بوجود العقـد أم عدم وجوده، إنما منشؤه قوة الشـبه فى الدخول وضعفـها، فإن شبهة الحل ضعيفـة أو غير موجودة فى الصور الثلاث المذكورة، والشبهة قوية فى غـيرها، ولذا اعتبر الدخول زنى فيها، ولم يعتبر فى سواها.

الإسلامى، فهو غير موجود فى نظره، ويكون عقد الزواج إذن فى نظر الفقه عقدًا شكليًّا؛ لأنه لابد لاعتراف الشارع به من الشهود.

قد يقول القائل : إن النكاح من غير شهود والنكاح الفاسد يترتب عليه أنه إن حصل دخول أن يثبت النسب. ويجب مهر المثل وتلزم العدة، وهو على ذلك يعترف الشارع بوجوده، ويقر بكيانه، بدليل أنه رتب هذه الآثار، والجواب عن ذلك أن الذى جعل الشارع يرتب هذه الأحكام على النكاح الفاسد ليس هو العقد، ولكن هو الدخول مع وجود شبهة، تمنع أن يكون ذلك الدخول فاحشة توجب حدًّا، بدليل أن تلك الآثار نفسها بعينها، تثبت فى الوطء بشبهة كأن يدخل رجل على امرأة يظنها عروسه، وتظنه زوجها، ففى هذه الحال، تثبت كل هذه الآثار، مع أنه لم يوجد عقد أصلا، وإذا كان كذلك فليس فى إثبات تلك الآثار من جانب الشارع للعقد الفاسد اعتراف به؛ ولا إقرار له؛ لأنها تثبت لمجرد الوطء بشبهة الخالى من كل عقد؛ بل تصرح عبارات بعض الفقهاء بأن هذه الآثار أو بعضها ما ثبتت للنكاح الفاسد إلا لأنه يشبه الوطء بشبهة فالشارع لم يرتبها على العقد، ولكن رتبها على مجرد الدخول مع الشبهة.

وهنا تنزلنا مع القائلين : أن النكاح عقد غير شكلى، لأنه من غير الشهود فاسد يعترف الشارع ببعض آثاره بمقتضى كونه عقدًا له وجود وكيان. فإن الرضا فى العقود كلها فى مذهب أبى حنيفة أثره أن يجعل بعضها فاسدًا، ولايمكن أن يؤثر فى انعقاد العقد ووجوده، بل كل العقود تعتبر منعقدة وموجودة مع عدم وجود الرضا، فإن قلت إن النكاح عقد غير شكلى؛ لأنه ينعقد من غير شهود، وإن كان فاسدًا فقل إن العقود كلها فى فقه أبى حنيفة عقود غير رضائية؛ لأنها تنعقد وتتكون، ويكون لها وجود من غير توافر الرضا فيه، وذلك ما لم يقله أحد، ولايمكن أن يقره القائل : إن النكاح عقد غير شكلى. ثم إن الرضا ليس ركنًا مكونًا فى عقد النكاح عند الحنفية، وعدمه لايوجد أى خلل فى عقد النكاح، بدليل أن النكاح ينعقد عند الحنفية مع الهزل ومع الإكراه، ويكون صحيحًا تترتب عليه كل أحكامه، فلايمكن إلا أن يكون شكليًّا، ومعنى الرضائية فيه أقل بكثير من معنى الشكلية.

وليست الشكلية فى عقد الزواج بغاضة من قيمته، بل هى دليل على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية، فإن العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لاتكون إلا بإباحة الشارع، وبكلمة الله ورحمته؛ فلا تناط تلك الإباحة بإرادة العاقدين المجردة، ولا برضاهما المنفرد، بل لابد من أمور يشترطها الشارع ليبيح تلك العلاقة التى كان الأصل فيها التحريم صونًا للأعراض، وحفظًا للحرمات، ومنعًا للسفاح، فوضع الشارع حدودًا ورسومًا تكون حدًّا حاجزًا بين الحلال والحرام، وفيصلا للتفرقة بين النكاح والسفاح، كما تكون فاصلا بين عشرة الإحصان، وعشرة الأخدان، وكان ذلك الشهرة والإعلان، فكان لابد من أن تكون هذه الشكليات مقترنة بإرادة العاقدين.

الألفــــاظ

١١٧ ـ قلنا إن أساس العقود القصد والاختيار والرضا، ولكن هذه معان نفسية لابد لها من أمر حسى ينبئ عنها، ويدل عليها، فكان ذلك الأمر هو الألفاظ؛ إن اللسان خلق معبرًا عن الجنان، والعبارات هى الأصل فى الدلالات على الأشياء؛ لذلك كان أساس العقود هو العبارات الدالة عليها. وعند العجز عن النطق (كأن يكون اللسان مئوفا بالخرس) تكون فى هذه الحال الإشارة الحسية التى تعارف المتصلون بالأخرس معه على دلالتها على إنشاء للعقد قائمة مقام العبارة، وإذا كان الأخرس يجيد الكتابة؛ فمن الفقهاء من لايجيز عقوده إلا بها؛ لأن الكتابة تعبير بالقلم، فهى كالنطق فى قوة الدلالة، والإشارة أضعف منها، ولايصح العدول عن الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة ما أمكنت هذه، وكانت فى الاستطاعة، ومن الفقهاء من يجيز مع قدرة الأخرس على الكتابة أن يعقد بالإشارة [١]؛ لأن العبارة هى الأصل، فإذا لم تكن ممكنة، ورخص له فى غيرها،

---

(١) القول الأول متفق مع رواية كتاب الأصل لمحمد، والقول الثانى يتفق مع رواية الجامع الصغير، فكان فى المسألة روايتان ترتب عليهما قولان.

قام كل ما يدل على العقد مقامها، سواء أكان إشارة أم كتابة؛ إذ هما سواء فى كونهما لم تكونا أصلا فى التعبير عن معانى العقود.

ونرى المذاهب المختلفة تتفق فى جملتها على أن الأصل فى العقود أن تنعقد بإيجاب وقبول، وأن يكونا بلفظين ماضيين، لابلفظين يدلان على الاستقبال، ولابلفظين أحدهما مستقبل [1]، والآخر للماضى. وعلة التقيد بالماضى للفقهاء فيها طريقان: (١) فمنهم من علل ذلك بأن الألفاظ الدالة على الحال ليست متمحضة له، بل تحتمله وتحتمل الاستقبال، والتعبير بالمستقبل مساومة أو عدة، فمن قال بعنى هذه الدابة بعشرة فهذه مساومة، وإذ قال أبيعك فهذه عدة؛ وإذن فالمضارع والأمر لايدلان على إنشاء العقد، فالماضى هو الذى يمكن أن تؤدى به هذه الدلالة. (٢) ومن الفقهاء من علل اشتراط لفظ الفعل الماضى للدلالة على إنشاء العقود بأن العقود أمور معنوية يعطيها الشارع أحكامًا وآثارًا، وليس العاقد هو الذى يعطيها الأحكام والآثار، وإذا كان الشارع هو الذى يعطيها أحكامًا فهو الذى ينفرد ببيان العبارات التى تنشئها، وقد وردت الآثار عن النبى ﷺ بأنه كان يستعمل فى عقوده عليه الصلاة والسلام لفظ الماضى، وكان مقتصرًا عليه، ولكن أكثر الفقهاء قالوا: إن الأثر فى ذلك معلل بأن لفظ الماضى أدل الألفاظ على تحقق الوجود، فكان أنسب الألفاظ لإنشائها، وبأن اللغة العربية تقصر الألفاظ المنشئة للعقود على الألفاظ الماضية، ولذلك إذا نوى العاقدان بالألفاظ الدالة على الاستقبال أو الحال إنشاء العقد فى الحال، وأعلنا هذه النية انعقد العقد، ولذا يقول كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير فى كتاب البيع ما نصه: «واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال، أما إذا تصادقا على نية البيع فى الحال، فينعقد به فى القضاء، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال، فيثبت بالنية»

---

(١) وقد استثنى الفقهاء من ذلك عقد النكاح، فقد قالوا إنه ينعقد بعبارتين إحداهما متمحضة للمستقبل والثانية للماضى فيصح أن يقول أحد العاقدين زوجنى ابنتك فيقول الآخر قبلت، ويعلل الفقهاء جواز ذلك بتعليلين مختلفين: أحدهما أن الصيغة الأولى الاستقبالية توكيل والثانية تول للعقد من الجانبين، وعقد الزواج يصح أن يتولاه عاقد واحد عن الطرفين بخلاف سائر العقود، والثانى أن احتمال المساومة فى النكاح بعيد، لأن مجلس عقد الزواج يسبقه عادة اتفاق على كل ما يتعلق به، فيتمحض لفظ الاستقبال للعقد فى الحال لعدم احتمال المساومة التى يفيدها فى أصل لفظ الاستقبال.

ويقرر الفقهاء أن العبرة فى العقود بمعانيها لا بألفاظ، وبالمقصود من العبارة، لا المفهوم اللغوى المجرد لها، ولذلك يقول كمال الدين بن الهمام أيضًا : «لايثبت الحكم بمجرد اللفظ بلا نية، فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به، وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية، ولذا لايصح بلفظ بعت هزلا . . . فهو ينعقد بالماضى وغيره بالنية، ولايصح بالماضى وغيره بلا نية» ويسرد صورًا كثيرة للبيع تحلل فيها العاقدان من التعبير بلفظين ماضيين، ومنها إذا قال المشترى:اشتريت منك بألف، فيقول البائع: هات الثمن، وكذا إذا قال:هذا على بألف فقال الآخر:قبلت، ولو قال : هو لك بألف إن وافقك أو أعجبك أو إن أردت، فقال : وافقنى أو أعجبنى أو أردت، فبكل هذه العبارات ينعقد عقد البيع، وما يشبهه، لوضوح إرادة العاقدين للإنشاء من هذه العبارات، وإن لم تكن الصيغة بأفعال ماضية [١].

وترى من هذا أن الفقهاء يبدون بادى الرأى متشددين فى أن تكون صيغ العقود بألفاظ ماضية، ثم إذا سرنا معهم فى تعليل الفكرة وجدناهم متحللين من ذلك التقييد بله التشدد فيه إلى إجازة العقود بالعبارات الدالة من غير تقيد بألفاظ ماضية أو صيغ خاصة [٢] ما دام العرف يقرر دلالتها، والنية مقترنة بها، ومعها ما تحمل فى ثناياها من إرادة ورغبة فى العقد فى الحال.

١١٨ ـ وإذا كانت الألفاظ هى العماد الأول فى التعبير عن العقود وأنه لايعدل عنها إلى غيرها إلا عند العجز عنها، لوضوح دلالتها على إنشاء العقد، فلذلك قرر الفقهاء قاطبة أن الأقوال هى الأصل لإنشاء العقود، والأفعال لاتعتبر منشئة للعقد إلا لما تنطوى عليه من دلالة تشبه الدلالة اللفظية، فإذا ساوم شخص شخصًا آخر على شراء شىء، ثم أعطاه الثمن وأخذ المبيع فقد انعقد العقد، وكذلك ركب عربة معدة لنقل الناس، ونقد صاحبها أو العامل فيها الأجرة، فقد

---

(١) راجع فتح القدير فى كتاب البيوع الجزء الخامس، ص ٧٦، ٧٧.

(٢) من هذا التقرير يتبين أن الفقهاء لم يقيدوا الناس بصيغ خاصة وتعابير خاصة، حتى يحاول بعض الباحثين تعليل ذلك بعلل بعيدة، مثل قوله إن التمسك بالألفاظ فى الشريعة من بقايا التأثير السحرى للألفاظ عند الشرقيين، كأن عبارات العقود فى الشريعة تعاويذ أو رقى، والحق أن لاشىء من ذلك لما علمت.

انعقدت الإجارة؛ لأن هذه الأفعال تنبيء فى ثناياها على ما تدل عليه الأقوال، غير أن الفقهاء لم يكونوا على سنن واحد فى إحلال الأفعال محل الأقوال فى العقود، وإقرارهم انعقاد العقود بها، فمنهم من منع إنشاء العقود بها إلا بقدر، ومنهم من أجاز وجعل اللفظ أولى، ومنهم من ترك الأمر إلى العرف، فالأقوال ثلاثة :

(أولها) أن العقود لاتنعقد إلا بالأقوال، ولاتنعقد بالأفعال إلا عند العجز عنها كحال الأخرس على النحو الذى بيناه، وذلك لأن الأفعال ليست لها دلالة بأصل وضعها على الالتزامات، وعلى رضا الشخص الذى يقيده بأمر تظهر آثاره فى القابل، فذلك لايتم إلا باللفظ المعبر المنبئ عن حقيقة النية، والمنبئ عن تعهدات النفس التى تتقيد بآثارها القابلة، وعلى ذلك لاينعقد عقد بمجرد المعاطاة؛ فالبيع لاينعقد بالمعاطاة بإعطاء الثمن وتسلم المبيع بعد المساومة، والإجارة لاتنعقد بإعطاء الأجرة والتمكن من الانتفاع، بل لابد فى كل هذا وأشباهه من عبارات، وإلا ما كان عقداً، وهذا هو ظاهر مذهب الشافعى، وهو مذهب الظاهرية، وفى مذهب الشافعى بعض آراء لمجتهديه تجيز العقد بالمعاطاة إذا كان محل العقد من المحقرات، ويختلفون فى حد المحقرات من الأشياء، ثم يرجحون أن ذلك أمر متروك للعرف والعادة فما يعده العرف حقيراً انعقد العقد عليه بالمعاطاة، ومهما يكن من أثر لهذا الخلاف، فالمشهور المأثور عن الشافعى وهو الراجح عند المجتهدين من بعده فى مذهبه عدم انعقاد العقود بالأفعال، جَلَّ موضوعها أو هان[1].

القول الثانى ـ أن الأصل فى العقود أن تكون الألفاظ بلاريب ولكن قد تقوم الأفعال مقام الألفاظ إذا وجدت قرائن تدل على الرضا، وتعلن الإرادة، كمن

---

(١) جاء فى المجموع فى بيان أحكام ما جرت به عادة الناس فى عقود بالمعاطاة فى بعض الأشياء ما نصه «وإذا قلنا بظاهر المذهب فما حكم الذى جرت العادة به من الأخذ والعطاء ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه إباحة، وبه أجاب القاضى أبو الطيب . . . قال إنما أباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر له قلت : (فهو إذن معاوضة، فأصحهما) هو، ثانيهما حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة، فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما سلمه إليه مادام باقيًا، وبضمانه إن كان تالفًا . . . وعن الشيخ أبى حامد أنه لامطالبة لواحد منهما على الآخر، وتبرأ ذمتهما بالتراضى، وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة، فإنه لايراه وإن وجد الرضا» ا هـ. المجموع جـ ٨، ص ١٠٠.



يدفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه، ومن شأن الخياط ألا يعمل إلا بأجر، أو يركب فى سفينة ملاح معدة للاستغلال بالركوب، أو يركب عربة معدة لركوب العامة بأجرة كالترام ونحوه، ونحو ذلك من عقود البيع والإجارة، «فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها، لفسدت أمور الناس، ولأن الناس من لدن النبى ﷺ إلى يومنا هذا مازالوا يتعاقدون فى مثل هذه الأشياء بلا لفظ، بل بالفعل الدال على المقصود، وهذا القول يسير على أصول أبى حنيفة[1]، وهو قول فى مذهب أحمد، ولاشك أن هذا القول أوسط من سابقه وأقصد، وأقرب إلى التساهل.

القول الثالث ـ أن العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به، وكل ما يعتبره الناس دالا على الإجارة فالإجارة تنعقد به، من غير نظر إلى كون الفعل قائمًا مقام اللفظ أو غير قائم مقامه، وإن اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد فى شرع، ولا فى لغة، بل يتنوع بتنوع الناس، كما تتنوع لغاتهم، فإن لفظ البيع والإجارة فى لغة العرب ليس هو اللفظ الذى يدل عليه فى لغة الفرس أو الروم أو الترك أو الحبشة، بل قد تختلف أنواع الدلالة فى اللغة الواحدة. ولايجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات، ولايحرم عليهم التعاقد بغيرما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى، إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم، وإن كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية؛ للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية ، والضمير المستكن، وهذا القول هو الغالب على أصول مالك، وظاهر مذهب أحمد [2].

١١٩ ـ هذه خلاصة اختلاف العلماء فى انعقاد العقود بالأفعال، وهو واضح كل الوضوح فى العقود المالية، ولكن هذا الاختلاف ينتهى إلى الاتفاق فى

---

(١) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث، ص ٢٦٨، والمنصوص عليه فى كتب الحنفية أن بيع المعاطاة يجوز فى الحقير والخطير (راجع فتح القدير الجزء الخامس فى كتاب البيع).

(٢) هذه الأقوال ملخصة من فتاوى ابن تيمية، الجزء الثالث، ص ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١.

عقد النكاح؛ فإن المتفق عليه أن عقد النكاح لاينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه، والألفاظ الصريحة فيه، سواء أكانت حقيقة لغوية فيه، أم مجازًا مشهورًا وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية، أم مجازًا وضحت فيه القرينة، وذلك على بعض المذاهب[1]، ومهما يكن من اختلاف فى بعض هذا، فمن المتفق عليه أنه لايكون إلا بالألفاظ الدالة عليه دلالة واضحة، ولاشك أن إجماع العلماء على أن عقد النكاح لايكون إلا بالألفاظ، وبالألفاظ الصريحة فى معناه، و الواضحة الدلالة عليه، ولو بطرق المجاز المشهور على رأى الأكثرين فى موضعه، وله حكمته؛ لأن موضوع عقد النكاح لاتتأتى فيه المعاطاة التى تغنى عن العبارة اللفظية، وتقوم مقامها؛ ولأن الإشهاد لايكون إلا على لفظ صريح واضح ولو بطريق المجاز، ولأن عقد الزواج فيه معنى العبادة من ناحية، وله بعض أحكامها، فإذا ناط الشارع أحكامه بالألفاظ، بل ببعض الرسوم والأشكال، فذلك مما يتلاءم مع فكرته، وما يراه الفقهاء من أن فيه ناحية من العبادة. لهذا ولما ذكرنا من أن العشرة الزوجية الأصل فيها التحريم، والإباحة كانت من الشارع رحمة منه وحفظًا للنوع الإنسانى على الوجه الأكمل، ناطت الشريعة تلك الإباحة ببعض الرسوم والأشكال والألفاظ.

ولمعنى العبادة فى بعض نواحى النكاح قال بعض الفقهاء إن النكاح لاينعقد بغير العربية ممن يستطيعون الكلام بها، ويفهمونها، لأن العبادة بغير العربية لاتجوز إلا لمن لايستطيع النطق بها ولا يفهمها، ولقد رد ابن تيمية هذا الرأى، وقال: «إنه (أى النكاح) وإن كان قربة فإنما هو كالعتق والصدقة، ومعلوم أن العتق لايتعين له لفظ عربى، ولاعجمى، وكذلك الصدقة والوقف والهبة لايتعين لها لفظ عربى بالإجماع، ثم الأعجمى إذا تعلم العربية فى الحال ربما لايفهم المقصود من ذلك اللفظ، كما يفهم من اللغة التى اعتادها. نعم لو قيل: تكره العقود بغير العربية لغير حاجة، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان

---

(١)لقد شدد الشافعى فقال إنه لاينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزوج، ولا ينعقد بلفظ الهبة والعطية لأن دلالة هذين اللفظين على النكاح صريحة، وغيرهما ليس صريحًا فيه، بل هو كناية، وإن وجدت قرينة إرادة الزواج.

متوجهًا، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة»[1].

١٢٠ ـ ولقد ذكر صاحب تهذيب الفروق السبب فى التشديد فى أن يكون النكاح بألفاظ، وعناية الشارع الإسلامى بالألفاظ الدالة عليه، ورجع ذلك السبب إلى أربعة أوجه هى فى ذاتها أربع قواعد فقهية ننقلها لما فيها من فائدة وإحكام ودقة، وها هى ذى :

الوجه الأول ـ أن النكاح لابد فيه من لفظ يشهد عليه فيه أنه نكاح، لا سفاح، لأن القاعدة أن الشهادة شرط فى النكاح، إما مقارنة للعقد، كما قال الأئمة الثلاثة، أو قبل الدخول كما قال مالك، وعلى التقديرين لابد من لفظ.

الوجه الثانى ـ أن النكاح عظيم الخطر، جليل المقدار، لأنه سبب بقاء النوع الإنسانى، وسبب للعفاف الحاسم لمادة الفساد، واختلاط الأنساب، وسبب للموادة والمواصلة والسكون، وغير ذلك من المصالح، والقاعدة أن الشىء إذا عظم قدره شدد فيه، وكثرت شروطه، وبولغ فى إبعاده، تعظيمًا لشأنه، ورفعًا لقدره، ألا ترى أن المرأة النفيسة فى مالها، وجمالها، ودينها، ونسبها، لايمكن الوصول إليها إلا بالمهر الكثير، والتوسل العظيم، وأن المناصب الجليلة، والرتب العلية كذلك فى العادة، وأن الذهب والفضة لما كانا رءوس الأموال، وقيم المتلفات شدد الشارع فيهما، فاشترط المساواة والتناجز، وغير ذلك من الشروط التى لم يشترطها فى سائر العروض، وأن الطعام لما كان قوام البنية الإنسانية منع الشرع بيعه نسيئة بعضه ببعض . . . لذلك كله شدد الشرع فى النكاح، فاشترط الصداق والشهادة، وخصوص الألفاظ.

الوجه الثالث ـ أن الأصل فى السلع والعروض الإباحة، والأصل فى العلاقة الجنسية التحريم، حتى يكون عقد نكاح ـ والقاعدة أن الشرع يحتاط فى الخروج من الحرمة؛ لأن التحريم يكون لمنع المفاسد، فيتعين الاحتياط للخروج

---

(١) فتاوى ابن تيمية، الجزء الثالث، ص ٢٧٠.

منه؛ فلا يقدم المكلف على إباحة محل فيه احتمال المفسدة إلا بسبب قوى، يقطع بزوال تلك المفسدة، أو يعارضها - أما ما الأصل فيه الإباحة، فتمنع الإباحة عند طروء المفسدة بما يسر من الأسباب . . . ولهذه القاعدة لم يجز النكاح بكل لفظ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح؛ إذ هو خروج من الحرمة إلى الحل، وجاز البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك فى العوضين؛ لأنه خروج من الحل إلى الحرمة.

الوجه الرابع - عموم الحاجة إلى البيع ونحوه، مع كثرة الوقوع والحصول، وتكرر العقد عند كل حاجة، إذ لاغنى للإنسان عن مأكل ومشرب وملبس ومسكن ومركب، بخلاف النكاح، فإنه قليل الحصول والتكرار من الشخص الواحد، والقاعدة فى الشريعة السمحة التخفف فيما يعم ويكثر ويتكرر، والتشديد فيما لايعم ولا يتكرر [1].

النيـة والألفاظ

١٢١ - قد بينا أن قوام صحة العقود الرضا، وأن الإرادة هى العامل الأول فى تكوين العقد، وأن اللفظ معبر عن هذه الإرادة، كاشف عنها، ولكن أتناط الأحكام بتلك الإرادة، فيبحث عنها من غير تقيد باللفظ المكون للعقد ؟ أم العبرة بظاهر القول. فيعتبر معلنًا عن تلك الإرادة من غير بحث فيما وراءه للكشف عنها، وتقصى أغوارها ؟ ولنضرب لذلك مثلا يحرر المراد ويعينه : إذا طلق رجل زوجه طلاقًا كان مكملا للثلاث التى يملكها، فتزوجت بزوج آخر لا لتدوم العشرة، ويؤدم بينهما بحياة زوجية، بل لتحل به للأول ويصح له أن يعقد عليها، أيكون هذا زواجًا صحيحًا، له كل أحكام الزواج الصحيح الذى لايقبل فسخًا ؟ لاشك أننا إن نظرنا إلى ظاهر القول، ولم نلتفت إلى ما وراءه، ولا إلى الدوافع والغايات، فلابد أن نحكم بأن النكاح صحيح له كل أحكامه وآثاره؛ لأن الدوافع

(١) نقلنا هذه الوجوه بتصرف للتوضيح من الجزء الثالث من تهذيب الفروق، ص ١٨١، ١٨٢، المطبوع على هامش الفروق للقرافى.

والغايات لم يكن فى لفظ العقد ما يعلنها ويكشفها، فهو نكاح غير مؤقت بمقتضى لفظه، فلا سبب يوجب فساده، وإن نظرنا إلى النيات المستترة، والغايات المستكنة المتفق عليها بين طرفى العقد حكمنا بأنه عقد غير صحيح؛ لأن العاقدين عقداه على نية الانفصال القريب، فهو على هذا عقد مؤقت، أو بعبارة أخرى لم يرد به العاقدان نكاحًا بمعناه الشرعى.

من الفقهاء من كان الغالب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول من غير بحث عن النيات والأغراض والمقاصد إلا إذا دل عليها بلفظ يعلنها فى العقد، ومن الفقهاء من أخذ بالنيات والدوافع، ويفسر ألفاظ العقد على مقتضى ما تعطيه تلك النيات، وما تومئ إليه تلك الأغراض، فهم لا يفهمون لفظ العقد بمقتضى الدلالة اللغوية والعرفية فقط، بل يفهمونه بمقتضى هذه الدلالة مع غرض المتكلم ونيته، ماظهر منها وما بطن، مادامت هناك قرائن تكشف عنها، وتعلنها.

١٢٢ ـ وأظهر من يأخذ بظاهر العقود وعباراتها المكونة لها من غير نظر إلى النيات والأغراض الشافعى رضى الله عنه، فهو لايأخذ إلا بمقتضى ظاهر الألفاظ فى العقود وما تدل عليه، لأن أحكام الدنيا كلها نيطت بالظاهر فى الشريعة الإسلامية، فالنيات أمور علمها عند الله، ولايجليها إلا يوم يكون الأمر كله الله، فالبحث عن النيات والمقاصد الخفية لايتفق مع المبدأ العام الذى يقول إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر، والنبى ﷺ فى أقضيته كان يقضى بمقتضى الظاهر، وهو الذى أوحى إليه، وإذا كانت الأحكام كلها فى الدنيا كذلك، فالعقود كلها لايؤخذ إلا بما تنطق به عباراتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة، فإذا كان العقد صحيحًا بمقتضى ألفاظه وما اشترط فيه، وما اقترن به، فهو عقد صحيح من كل الوجوه من غير نظر إلى كونه ذريعة إلى ربا أو غير ذلك، ما دام العقد لم يقترن بربا، ولا بشىء يفسده، والنية يحاسب عليها الديان الذى لاتخفى عليه خافية، وهو بكل شىء محيط.

وكثيرون من الفقهاء قد أخذوا بألفاظ العقود محمولة على النيات مفسرة بها ما دامت قد قامت على تلك النيات قرائن ظاهرة، وشواهد قائمة، أما ما خفى

واستترته النفس ولم تعلنه فلا يناط به شيء، لأنه لايمكن العلم به، والله يقول ﴿**ولاتقف ما ليس لك به علم**﴾. [الإسراء : آية ٣٦]. وحجة هؤلاء في الأخذ بالأغراض إن قامت عليها بينات يمكن الاعتماد عليها أن ألفاظ العقود ما كانت لها قوة إنشاء العقود إلا لأنها إخبارات عن النفس، وما يجول بها من معان وما تنفعل به من رغبات، وما يختفى فى ثناياها من نيات، فلابد إذن لصحتها من مطابقة خبرها لحقيقته، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخباراً كاذبة، فتفقد ما نيط بها من تكوين العقد؛ إذن فالألفاظ إذا لم تكن متطابقة مع النية والمقصد ومرمى العاقد من العقد لا ينشأ منها عقد، ولا يناط بها حكم.

١٢٣ ـ والنيات تتلمس ويبحث عنها إذا وجدت أمارات لها كما أشرنا من قبل، وقد فصل ابن القيم ذلك الرأى تفصيلا محكمًا نذكره للقارئ وها هو ذا : «المتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً للتكلم بها، أو لا، فإن لم يقصد التكلم بها كالنائم والمجنون والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء، لأن أقوال هؤلاء كلها هدر، كما دل على ذلك الكتاب، والسنة، والميزان، وأقوال الصحابة، وإن كان قاصداً للتكلم بها، فإما أن يكون عالمًا بغاياتها متصوراً لها، أو لايدرى معانيها ألبتة، بل هى عنده كأصوات ينعق بها، فإن لم يكن عالمًا بمعناها، ولا متصوراً له، لم تترتب عليه أحكامها أيضًا، ولا نزاع بين الأئمة فى ذلك، وإن كان متصوراً لمعانيها، عالمًا بمدلولها، فإما أن يكون قاصداً لها أو لا، فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها فى حقه ولزمته، وإن لم يكن قاصداً لها، فإما أن يقصد خلافها أو لايقصد معناها ولاغير معناها، فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل، وإن قصد غير معناها، فإما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا، فإن قصد ما يجوز له قصده، ولم يكن حكم العقد الذى تدل عليه هذه الصيغة ـ لم تلزم أحكام هذه الصيغ بينه وبين الله تعالى فى كل حال، وأما فى القضاء، فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضًا؛ لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه، وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلا، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه، وإن قصد بها

مالا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت لايقصد عشرة زوجية غير مؤقتة، بل يقصد تحليلها لمطلقها الثلاث، وبعت واشتريت بقصد الربا وما أشبه ذلك، فهذا لايحصل له مقصوده الذى قصده، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه، فإن فى تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم، وإسقاطًا للواجب، وإعانة على معصية الله، ومناقضة شرعه، وإعانته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ولا فرق بين إعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إلى الإثم بذاتها كالربا الصريح، وبين إعانته عليه بالطريق التى وضعت مفضية إلى غيره، واتخذها هو ذريعة، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للربا؛ فالمقصود إذا كان واحدًا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه موجبًا لاختلاف حكمه، فيحرم من طريق، ويحل بعينه من طريق أخرى، فإن الطرق وسائل، وهى مقصودة لغيرها، فأى فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع، والتوسل إليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الإعلان، والظاهر الباطن، والقصد اللفظ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم، وخطره أقل من سالك تلك، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت وفى قلوبهم أوضع، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ودخله من بابه» (١).

هذا ما ذكره ابن القيم لبيان مذهب الذين يأخذون بمقاصد العاقدين، دون الألفاظ المجردة، وخلاصته تنحصر فى ثلاثة أمور (أحدها) أن العاقد إن توافق مقصده مع ما تدل عليه فى الشريعة الصيغة التى ذكرها معبرًا بها؛ ليتكون العقد منها، وفى هذه الحال تلزم العاقد كل أحكام العقد بلا مراء؛ ولا اختلاف نظر. (ثانيها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارة العقد، ولكن تلك النية بقيت مستكنة فى النفس، ولم تبرز فى الوجود بقرائن تكشف عنها الغطاء، ففى هذه الحالة يدين بنيته أمام الله، وأما فى القضاء فهو ملزم بأحكام العقد التى تؤخذ من ظاهر القول. (ثالثها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارته، ووجدت قرينة تعلن مستور هذه النية، وتكشف عنها الغطاء، ولم يكن مقصوده أمرًا تحرمه

---

(١) منقول بتصرف وتوضيح قليل من أعلام الموقعين، الجزء الثالث، ص ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨.

الشريعة، بل تبيحه وتجوزه، ففى هذه يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء؛ كمن يعقد عقد كفالة ويشترط براءة الأصيل. ففى هذه الحال يكون عقد الكفالة عقد حوالة لأن النية التى أيدتها قرينة لفظية أو حالية أمر معتبر فى القضاء؛ إذ قامت عليه البينة، وشهدت له القرينة، أما إذا كان ما نواه أمرًا لم يبحه الشارع كمن قصد بالشراء الربا على ما سنبين، وقامت القرائن على ما قصد، فقصده رد عليه، ويفسد عقده، ولايصح، ولاتترتب عليه أحكام العقد الصحيح.

١٢٤ ـ قد بيّنا المذهبين اللذين يؤخذان من مجموع فروع المذاهب المختلفة وأصولها بالنسبة لمقاصد العاقدين بجوار الألفاظ التى تعقد بها العقود، ونريد هنا أن نذكر ما تميل إليه طريقة الحنفية.

يظهر لى، وكما تفيد الفروع المختلفة فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم،أن هذا المذهب يميل فى جملته إلى طريقة الشافعى، وهى الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحر وتتبع للنيات الخفية، والإرادات المستكنة، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل.

(١) فتراهم يقولون فيمن تزوج امرأة ليحلها لزوجها الأول الذى طلقها ثلاثًا، ونوى ذلك هو والمرأة، ولم يشيرا إليه فى العقد، ولم يشترطا ذلك فيه : إن النكاح صحيح، وتحل لزوجها الأول إن طلقها بعد الدخول، وانتهاء العدة، بل إن العاقدين لو اشترطا فى عقد الزواج صراحة أن الغرض من الزواج أن تحل للزوج الأول، قال أبو حنيفة : إن النكاح ينعقد مع الكراهة والشرط ليس بلازم؛ لأنه شرط فاسد، والنكاح لاتفسده الشروط الفاسدة، وقال الصاحبان:إن النكاح يكون غير صحيح؛ لأنه فى معنى النكاح المؤقت، ولورود الآثار المستفيضة بأن مثل هذا النوع من النكاح فاسد، وهو سفاح لا نكاح[١].

ولاشك أن ذلك كله يدل على أن فقهاء الحنفية لم يأخذوا بالنية والغرض فى هذه الجزئية،وموطن خلافهم هو حال النص على الغرض فى ضمن القول المنشئ للعقد، أيعتبر ذلك النص، أم يلغى؟ وليس فى اعتباره، أخذ بالنية أو عدم أخذ بها.

---

(١) راجع شرح الزيلعى على متن الكنز، الجزء الثانى، ص ٢٥٩.

(٢) وتراهم أيضًا جوزوا بيع العينة مع أن غرض المتبابعين فيه التحايل على إباحة الربا وإجازته واستساغته، وصورة ذلك أن البيع إن اتفق اثنان على المداينة بالربا، ويوسطان فى ذلك عينًا فيبيع المقرض للمقترض عينًا بأكثر من الدين الذى يريد إقراضه بمقدار الربا الذى يريده، ويكون الثمن نسيئة، ثم يبيع المقترض، وهو المشترى العين لشخص ثالث بمقدار الدين من غير زيادة، ويتسلم الثمن، ثم يبيع الثالث العين للدائن، وهو البائع الأول، بالثمن الذى أخذها به، فتنحل المسألة إلى أن المقترض قد اقترض الدين وحسب عليه أكثر من قدره بمقدار هو ربا فى الشريعة الإسلامية، ولو كانوا يأخذون بالنيات والأغراض والمقاصد من غير أن يعنوا بظاهر الألفاظ، لحكموا بفساده، نعم إن بعض الفقهاء كرهه، فالإمام محمد كرهه، وكان يقول : «هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم، اخترعه أكلة الربا» (١) ولكن ذلك القول الحار من الإمام محمد، لم يمنع المذهب من إجازته وتسويغه صحيحًا.

نعم إن الحنفية حكموا بفساد بيوع لما فيها من شبهة الربا، وذلك مثل أن يشترى شخص عينًا من الأعيان، وقبل أن يتسلم الثمن يبيعها للبائع بأقل من الثمن الذى اشتراها به، فقد قالوا إن ذلك البيع فاسد، ولكن ذلك لالوجود نية الربا أو عدم وجودها، بل لأن شبهة الربا (٢) تفسد البيع، ومن الغريب أنهم قالوا إن هذه الشبهة زائلة فى بيع العينة مع وضوح الغرض، والربا المقصود.

(٣) وقد قالوا أيضًا فى مهر السر ومهر العلانية إن العاقدين فى الزواج إن اتفقا على مهر فى السر، ولم يصحب ذلك الاتفاق عقد، ثم جاءوا وعقدوا على مهر فى العلن فالمهر الواجب هو مهر العلانية؛ لأنه هو الذى اقترن بالعقد، وثبت به الالتزام (٣)،بل إنه إذا تعاقد الزوجان على مهر فى حضرة شهود ثم جددا الزواج بمهر أكبر للشهرة؛ فالمعتبر الثانى عند أبى حنيفة ومحمد لأن الزيادة عن المهر الأول

---

(١) راجع ابن عابدين، الجزء الرابع.

(٢) ولهم فى توجيه الفساد نظر دقيق، قد بينه فتح القدير فى الجزء الخامس، ص ٢٠٧، ٢٠٨.

(٣) وقد قالوا إن ذلك إذا لم يتفق الزوجان على أن الثانى كان هزلا أو للسمعة فقط، فإن اتفقوا على ذلك كان الواجب هو مهر السر بتراضيهما، لأن الثانى هزل أو فى حكمه، والهزل يؤثر فى المعاملات المالية.

زيادة لازمة، وقال أبو يوسف المعتبر الأول، لأن الثانى ملغى فلا يلتفت إليه؛ إذ العقد تم بالأول [1]. وترى من هذا أنهم لم يلتفتوا إلا إلى ما تدل عليه ظواهر العبارات فى العقود، ولم يتتبعوا النيات والمقاصد والأغراض، ويتعرفوها، ويبنوا عليها أحكام العقود، ولذا نقول إن مذهب الحنفية يقارب مذهب الشافعية فى جعل الأحكام تابعة لما تدل عليه العبارات من غير تقصى المقاصد والنيات.

١٢٥ ـ وقد يقول قائل إن مذهب الحنفية قد اشتهرت فى فروعه وأصوله قضية تثبت أنه يتجه إلى المقصد والغرض، وهى تلك القاعدة الذهبية «العبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى» ونقول إن تلك القضية قد اشتهر بجوارها قضية أخرى أعمق فى معناها، وأدل على مرماها من تلك، وهى أقدم نسبة منها؛ وتلك القضية هى ما جاء فى شرح الجامع الصغير : «المعتبر فى أوامر الله المعنى، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ»[2]، وللتوفيق بين هاتين القضيتين نقول إن المراد من المعنى فى القضية الثانية النية والغرض والمرمى الذى لم يقترن بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة، والمراد بالمعنى فى الأولى المدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشئ بها العقد متضامة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة فى إنتاج ذلك المدلول، ولذلك يسوق صاحب الأشباه فى تطبيق تلك القضية : «العبرة بالمعنى، لا باللفظ فى العقود» إن الكفالة إذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة، وإن الحوالة إذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكون كفالة، وإن الهبة إذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون بيعًا لا هبة، وإن نكاح المطلقة البائنة ينعقد من مطلقها بلفظ الرجعة، وإن الرجعة تتم بلفظ النكاح، يسوق هذا فى تطبيق تلك القضية، كما يسوق فى تطبيقها أيضًا عقد البيع بلفظ خذ وأخذت، والإجارة بلفظ هبة المنافع وتمليكها[1].

ومن هذا كله يفهم أن المراد من قاعدة العبرة «للمعانى لا للألفاظ والمبانى» هو أنه لايلتفت فى أحكام العقود إلى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة، بل

---

(١) راجع فى هذا فتح القدير، الجزء الثانى، ص ٤٢٤، ومجمع الأنهر الجزء الأول ص ٣٥٥.
(٢) راجع حاشية الحموى على الأشباه، ص ٣٢٠.
(٣) الأشباه، الجزء الأول، ص ٣٢٢.



لايعنى فى الأحكام إلا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى العقد، ويصح أن تكون مرادًا للتكلم يدل عليه الكلام صراحة، ولو عن طريق المجاز لا الحقيقة، أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامى كأن يريد بالبيع التحايل على الربا أو يراد بالزواج إحلالها لمطلقها الثلاث، وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة، والأغراض الدافعة فذلك ما لاتتعرض له تلك القضية.

والخلاصة أن المذهب الحنفى فيما نعلم تتجه فروعه إلى المنهج الذى يتمسك بلفظية العقود، لا بالنيات والدوافع ـ والله سبحانه وتعالى أعلم.

الإرادة و آثار العقود

١٢٦ ـ للإرادة التأثير الأول فى إيجاد مجموع الالتزامات التى تنشأ عن العقد عند علماء القانون، فكما أن إنشاء العقود فى القانون يرجع للإرادة الحرة. كذلك الآثار التى تترتب على العقد تنشئها هذه الإرادة، فالعقد شريعة المتعاقدين فى القانون بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه، ما لم يكن مشتملا على شىء يخالف النظام العام، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحًا، واجب الوفاء، ولو كان فيه غبن فاحش عليه، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدين فيما يغنمانه ويغرمانه بسبب العقد، إنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن إرادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس، فإذا توافرت تلك الإرادة ثبتت الآثار التى ارتضاها العاقدان[١].

---

(١) راجع كتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير السنهورى بك، وقد جاء فى هامش صفحة ١٠١ ما نصه «قد لخص ديموج نتائج نظرية سلطان الإرادة فى ست» (أولا) التعاقد ونوعه حر فى حدود النظام العام. (ثانيا) أثر الالتزام هو ما أراده المتعاقدان. (ثالثا) العبرة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة. (رابعا) يفسر القاضى العقد طبقًا لنية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية. (خامسا) لايجوز تعديل الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية. (سادسا) لا ينقضى الالتزام إلا بإرادة العاقدين.

أما فى الشريعة الإسلامية فالإرادة تنشئ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع، لا من العاقد، فالعاقد ينشىء العقد فقط، ولكن لاينشىء الآثار، وتأثير إرادته فى تكوين العقد وإيجاده، لا فى إعطاء أحكامه وآثاره. وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع، لا من أعمال العاقد؛ ولذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جعلية شرعية، وليست بأسباب طبعية، ويعنون بذلك أن تسبب العقود لآثارها ليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل لذلك، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود، فإفادة البيع نقل الملكية من البائع إلى المشترى، واستحقاق البائع للثمن، وغير ذلك من الأحكام ليس ذلك من ذات الإيجاب والقبول وما وراءهما من إرادة المتعاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط، ولكن لهذا، ولأن الشارع جعل ذلك العقد طريقًا لثبوت هذه الآثار، وتلك الأحكام، وذلك بأمرين:

(أولهما) إذن عام من الشرع يجعل الرضا طريقًا لإنشاء الحقوق والواجبات، وانتقالها، وذلك فى الأصل العام فى قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾. [النساء: آية ٢٩]. فالله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية فى سلطان أصحابها، لا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضى، فكان ذلك إذنًا عامًا يجعل الرضا أساسًا فى العقود والالتزامات، وكان ما يترتب على العقود من آثار وأحكام، إنما هو مستمد من ذلك التقرير ـ الذى جعل الرضا أساسًا للعقود المالية (١) ـ ثم أوجب الوفاء بالعقود، وتنفيذ أحكامها فى قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾. [المائدة: آية ١]. فبهذين النصين الكريمين العامين، قد جعل الشارع للعقود آثارًا

---

(١) جاء فى تهذيب الفروق ما نصه «إن الله سبحانه وتعالى تفضل على عباده، فجعل كل واحد من حق الله وحق الآدميين موكولا لما هو منسوب له ثبوتًا وإسقاطًا، فما هو حق لله تعالى صرف لايتمكن العباد من إسقاطه والإبراء منه، وما هو حق للآدميين بتسويغه وتمليكه وتفضله لاينقل الملك فيه إلا برضاهم، ولايصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم . . .» الجزء الأول ص ١٩٧ هامش.

والتزامـات تنشأ عنها، وأسـسًا تقوم عليـها، فهى بهـذا كانت أسبـابًا فى الالتزام بجعلها الشارع كذلك، وإذا كان ذلك الجعل يتـفق مع قضايا العقول، فلأن كل ما فى الشرع يتفق مع ما ينتجه العقل السليم.

(ثانيهما) أن الشارع جـعل لكل عقـد من العقود الشـرعية أثـرًا له يثبت إذا توافرت أركـانه، وتحقـقت شروطه، وليس للعـاقد أن يفـر من أحكام العقـد بعد انعقاده، إلا إذا تنزل الطرف الثـانى عن حقه فى التمسك بهـا، وتراضيا على فك عقدته، والتخلص من التزاماته؛ وإذا كان لكل عقد شرعى آثاره الخاصة، ومقتضاه الذى قرره الشارع له، سواء أراده العاقد أم لا، فليس للعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه، قـبل العقد أو فى أثنائه ما لم يرد إذن من الشارع بذلك، وإقرار منه له، سواء أكـان ذلك إذنًا عامًا شاملا أم إذنًا خاصًـا بإقرار ذلك الشرط بعينه، وكذلك ليس له أن يزيد على المقتضى إلا بإذن من الشارع.

١٢٧ ـ وقضية أن آثار العـقود لاتكون إلا بحكم الشارع، وأن مقتـضياتها وأحكامها إنما يرتبها الشارع، وأن الإنسان عـمله فى عقد العقد فقط، وليس عمله فى ترتيب أحكامه ـ قضية صرحت كتب الفقه بها، فبينتها كتب الأصول، وذكرتها كتب الفروع، معللة بهـا الجزئيات الخاصة للأحكام المختلفـة، وقد جاء فى كشف الأسـرار على أصول فـخر الإسـلام البزدوى مـا نصه «إن العلل الشـرعيـة غيـر موجبة[1] بأنفسـها، فـإن هذه العلل كانت مـوجودة قبل ورود الشـرع، ولم تكن مـوجـبـة لهـذه الأحكام . . وإنما الموجب للأحكـام هو الله تعـالى، إذ له ولاية الإيجاب، وهـو قادر على أن يشرع الأحـكام بلا عـلل، ولـكن إيجابـه لما كان غنيًّا عن العـباد، وهم عاجـزون عن دركه شرع العـلل التـى يمكن لهم الوقوف عليهـا موجبات للأحكام فى حق العـمل، ونسب الوجوب إليهـا فيما بين العـباد تيسـيرًا، فصـارت العلل موجبـة فى الظاهر. بجعل الله تعـالى إياها كذلك، أى موجـبة لا بأنفسـها، وفى حق صاحب الشـرع أعـلام خالصة للـعباد على

(١) المراد من موجبـة مثبتة، ويدخل فى العلل الشرعـية العقود؛ ولذا جاء فى الكتـاب قبل ذلك عند تعريف العلة «ويدخل فى هذا الحد العلل الوضعية التى جعلها الشرع عللا، كالبيع للملك والنكاح للحل».

الإيجاب [1]، ومن هذا النص يفهم أن العقود، وهى داخلة فى عموم العلل الشرعية، كما دل على ذلك السياق من قبل ومن بعد، لاتثبت أحكامها بإرادة العاقدين، بل بحكم الشارع وترتيب تلك الآثار عليها.

وهذه القضية تجرى على أقلام كتاب الفقه على اختلاف مذاهبهم ومناحى اجتهادهم، وليس هذا عند الحنفية وحدهم، فالغزالى يقرر أن الله جعل لحل الأموال أسبابًا ظاهرة من بيع وغيره، ويبين أن نصب هذه الأسباب أسبابًا، وجعلها علامات إنما هو بحكم الشارع، فالشارع هو الذى شرعها، وهو الذى أعطاها أحكامها، وناط بها آثارها[2].

ومثل ذلك جاء فى الموافقات للشاطبى [3] والفتاوى لابن تيمية [4].

١٢٨ ـ وقد يقول قائل : إن العقود اختيارية رضائية، وأساس الاختيار والرضا أن يكون للعاقد اختيار حر لآثار العقد وأحكامه، فإذا جعلت الشريعة الإسلامية آثار العقود من اختصاص الشارع لا من عمل العاقد، كان فى ذلك هدم لأصل الاختيار أو الرضا؛ وقد أجاب عن هذا القول الشاطبى وغيره بأن موضع الاختيار والرضا فى إيقاع الأسباب بإنشاء العقود، وإن ذلك مدى واسع للرضا، وليس بالمدى القصير الضيق. أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظًا للعدل بين الخلق، وصونًا للمعاملات عن دواعى الفساد، ومنعًا للغرر فى الصفقات، وحسما لمادة الخلاف بين الناس.

---

(١) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع، ص ١٢٩١، ١٢٩٢، وقد جاء فى الجزء الثانى منه ص ٦٧٨، فى بيان السبب فى أن الشارع ناط بعقود المعاملات أحكامها ما ملخصه : «سبب شرعية المعاملات تعلق بالبقاء المقدور بمباشرتها . . . وبيانه ما ذكره المشايخ الثلاثة القاضى الإمام أبو زيد وشمس الأئمة وفخر الإسلام البزودى رحمهم الله أن الله تعالى خلق هذا العالم، وقدر بقاءه إلى قيام الساعة، وهذا البقاء إنما يكون ببقاء الجنس، وبقاء النفس؛ فبقاء الجنس بالتناسل، فشرع له طريقًا يتأدى به ما قدر الله عز وجل من غير أن يتصل به فساد ولا ضياع، وهو طريق الازدواج بلا شركة، فإن فى التغالب فسادًا، وفى الشركة ضياعًا، فإن الأب متى اشتبه يتعذر إيجاب المئونة عليه، وليس للأم قوة كسب الكفايات فى أصل الجبلة ـ وكذلك لا طريق لبقاء النفس إلى أجلها من غير إصابة الناس المال بعضهم من بعض. وما تحتاج إليه كل نفس لكفايتها لايكون حاصلا فى يدها، وإنما تتمكن من تحصيله بالمال، فشرع سبب اكتساب المال، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض، لما فى التغالب من الفساد، والله لايحب الفساد».

(٢) راجع المستصفى، الجزء الأول ص ٩٣.

(٣) راجع الموافقات، الجزء الأول ص ١٣١، وما يليها.

(٤) فتاوى ابن تيمية، الجزء الثالث، ص ٢٣٦.

ولا عجب فى أن يكون السبب اختياريًا رضائيًا من كل الوجوه، والمسبب ليس بإرادة الشخص فقط، فإن ذلك جار كثيرًا فى أمور الحياة، كمن يغشى امرأته مختارًا مريدًا راغبًا مشتهيًا، وهو كاره لأن يكون له منها ولد، مع علمه بأن هذا يكون من ذلك كثيرًا، وكمن يلقى البذر فى الأرض، والإنبات ليس من عمله بل من عمل الرب. ومع ذلك لم ينف هذا أن إلقاء البذر اختيارى رضائى من كل الوجوه، وإذا كان ذلك واضحًا سائغًا بالنسبة للأمور الحسية، فهو كذلك فى الأمور المعنوية والقولية، وعلى ذلك يكون معقولا وسائغًا أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية فى كونها، وآثارها من عمل الشارع الحكيم [1].

هذا هو الأصل العام، ولكن من الفقهاء من أوجب الوفاء بكل شروط المتعاقدين غير الثابت تحريمها، ولاشك أن هذا ناشئ عن عدم تشدد فى الأخذ بذلك الأصل، وإن لم تكن مخالفة لإذن الشارع فى نظر هؤلاء.

١٢٩ ـ وإذا كانت هذه القاعدة يقررها الفقهاء عامة ويذكرونها فى أصولهم، فإن الحق والإنصاف يوجبان علينا أن نقول أنهم جميعًا ليسوا سواء فى التشديد فيها بالنسبة للعقود المالية الخالصة، فإنهم جميعًا، وإن اتفقوا فى التشديد فى جعل آثار عقود الأنكحة من عمل الشارع مع احترام الشروط عند البعض، قد اختلفوا تشديدًا وتسهيلا بالنسبة للعقود المالية، فنرى بعض الفقهاء كابن تيمية مع أنه ممن يقررون تلك القاعدة [2]، يفهم من كلامه أنه يجعل لإرادة العاقد فى العقود المالية سلطانًا؛ وذلك بتغليب القاعدة العامة التى وردت بها الشريعة المحكمة، وهى وجوب الوفاء بالعقود؛ وذلك بأن يؤخذ الشخص بكل ما تعهد به فى العقد، وبكل ما التزمه، ولاشك أن فى ذلك تقريرًا لسلطان الإرادة فى إيجاد الالتزامات الناشئة بالعقد، وفوق ذلك فهناك القاعدة العامة الثانية التى قررها الشرع بإطلاقها المحكم، وهى الإذن العام بجعل الرضا سببًا لنقل الحقوق وإسقاطها، وفى الأخذ بهذه بإطلاقها تقرير لسلطان الإرادة فى الالتزامات الناشئة بالعقود.

---

(١) راجع الموافقات للشاطبى، الجزء الأول، ص ١٥١.

(٢) فهو يقول تقريرًا لقاعدة أن آثار العقود من الشارع، «إن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، ونحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا».

وفى الحق أننا إن أخذنا بتلك القواعد مجتمعة قاعدة الوفاء، وقاعدة جعل الرضا سببًا لنقل الحق وإسقاطه، وقاعدة أن الشارع هو المرتب للحقوق فى العقود يتكون من المزج بينها أن العقود تتكون التزاماتها بإرادة العاقد، ولكن ذلك بإعطاء الشارع ذلك الحكم لها، وبما ألزم به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود، وعدم خفر العهود وذلك ما يفيده كلام ابن تيمية. فقد جاء فى كتابه العقود والشروط ما خلاصته : «إن العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقًا، إلا ما خصه الدليل؛ على أن الوفاء بها من الواجبات التى اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم، وأدخلها فى الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلى[1] . . . والأصل فى العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله تعالى قد قال فى كتابه: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ وقال : ﴿**فإن طبن لكم عن شىء منه نفسًا فكلوه هنيئًا مريئًا**﴾ فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه؛ فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب؛ فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق، فكذلك سائر التبرعات قياسًا بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن، وكذلك قوله تعالى : ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ لم يشترط فى التجارة إلا التراضى، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك التبرع والتجارة، فإذا تراضى المتعاقدان، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله»[2] وترى من هذه العبارات ما يفيد أن الرضا له سلطان قوى فى أحكام العقود وآثارها، وإن كان ذلك السلطان مستمدًا بإذن عام من الشارع الخبير بمصالح الناس.

ولكن إذا كان ذلك نظر ابن تيمية وبعض الحنابلة وبعض المالكية، فليس هو نظر عامة أهل الفقه؛ لأن عامة الفقهاء يذكرون أحكامًا خاصة. بكل عقد، ويبينون أنها مقتضاه، ويعرضون شروط العاقدين على ذلك المقتضى الذى يقولون

---

(١) القائلون بالوجوب العقلى المعتزلة من علماء الكلام، أما الفقهاء عامة فيرون أنه لاوجوب إلا حيث يوجب الشارع.

(٢) الفتاوى، الجزء الثالث، ص ٢٣٩.



إنه بتقرير الشارع، ولو أننا أخذنا بنظرية سلطان الرضا فى أحكام العقود، لكان كل شرط صحيحًا لازم الوفاء، ما دام لم يخالف أمرًا مقررًا فى الشرع، أو نصًّا محفوظًا، أو خبرًا مأثورًا، أو قاعدة مقررة مشهورة [1].

١٣٠ ـ ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد فى النكاح؛ فإن الأسرة لمكانها من الحرمة، ولما يجب لها من الصيانة، ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها، ويرتب الأحكام التى تنشأ عنه، وأن ذلك يدعو إليه الاجتماع؛ فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات، ولايصح أن تسيطر فيها الرغبات، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها، الناقضة لبنيانها، المقوضة لأركانها، وأن الأهواء إذا تحكمت فى العلاقة الزوجية، وجعلت واجبة الوفاء إذا اشترطت فى عقد الزواج[2]، وصارت الزيجات فى البلاد الشرقية كتلك العقود التى تسمى زواجًا مدنيًّا، وتكثر فى أمريكا وأوروبا، ويطغى سيلها فى المدن اللاهية اللاعبة، تبرم لسانحة خاطفة، وتنقض لمثلها، فلا أسرة أقيمت، ولابيت تكون ولا ذرية أنبتتها الرعاية الأبوية نباتًا حسنًا، وما أشبه ذلك الذى يسمى زواجًا مدنيًا باتخاذ الأخدان فى الجاهلية الأولى، غير أن هذا فاحشة تنزوى استحياء، وذلك فاحشة تعلن للأشهاد، وتسير رافعة رأسها بين العباد.

هذا بالنسبة للزواج، أما بالنسبة للعقود المالية، فالذى نراه أنه يجب أن يكون لإرادة العاقدين سلطان فى تكوين آثارها، لأنه لاخطر فى جعل هذا السلطان للإرادة ما دام لم يخالف أمرًا مقررًا فى الشريعة ثبت بقياس، أو أثر مشهور، أو

---

(١) سنبين ذلك فى موضعه عند الكلام على الشروط التى يشترطها العاقد، وأثرها فى العقود، ولزوم الوفاء بها.

(٢) إذا جعلنا لإرادة العاقدين فى الزواج سلطانًا فى آثاره واشترطت فتاة قاهرية ألا تقيم إلا فى القاهرة، ولو كان عمل زوجها فى أقصى الصعيد لكان ذلك الشرط واجب الوفاء، وأى زواج ذلك الذى يكون أحد الزوجين مقيمًا فى أقصى البلاد، والآخر فى أدناها ! وأى بيت يتكون من هذين الغريبين !، وأى رعاية تكون ثمرة هذا الزواج ! ولأجل هذا لانستطيع أن نأخذ برأى الإمام أحمد بن حنبل فى وجوب الوفاء بكل شروط الزوجين.

نص قطعى، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود، ولاشك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها، والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده، وبمقتضى العقدة التى عقدها، وفرق بين النكاح والعقود المالية، فإن الأبضاع الأصل فيها الحرمة، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح، فكان لابد من أن يكون السلطان فى آثار النكاح للشارع نفسه. أما المعاملات المالية فهى من الأمور التى تسمى فى لسان الفقهاء الأمور العادية، والأصل فى هذه الأمور الحل حتى يقوم الدليل على الحرمة، ولاشك أن الإرادة فى الأمور التى تكون من هذا القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام فى جعل الرضا أساسًا لنقل الحقوق وإسقاطها.

حرية التعاقد وما يجب الوفاء به

١٣١ ـ نقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس فى أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التى يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع، وحرمها كأن يشتمل العقد على ربا، أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامى، فما لم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد العامة المقررة التى ترتفع إلى درجة القطع واليقين، فإن الوفاء بها لازم، والعاقد مأخوذ بما تعهد به، وإن اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهى فاسدة، أو على الأقل لايجب الوفاء بالجزء المحرم منها.

وإن حرية التعاقد بهذا المعنى أليست أمرًا متفقًا عليه بين فقهاء المسلمين، بل هى موضع خلاف طويل، وأن الأكثرية منهم لا يطلقون تلك الحرية إطلاقًا، والقلة منهم هم الذين يطلقونها، ويفتحون أبوابها على مصاريعها، وذلك الخلاف مبناه الخلاف فى التشديد والتساهل فى جعل آثار العقود من عمل الشارع، فقد قال الذى شددوا فى جعل كل آثار العقود من الشارع، أن الأصل فى العقود المنع، حتى يقوم الدليل على الإباحة، ومع الإباحة وجوب الوفاء، والذين تساهلوا وجعلوا لإرادة العاقدين سلطانًا فى آثار العقود بمقتضى الإذن من الشارع يجعل

الرضا ذا أثر فى العـقود، جعلوا الأصل فى العـقود الإباحة ووجوب الوفـاء بها، حتى يقوم الدليل على المنع والتحريم.

وعلى القول الأول نكون مـقيدين بعدد العقـود التى تذكرها الكتب ووردت بها الآثار، ودلت عليها المصادر الشرعية، والأدلة الفقهية، فما لم يقم عليه الدليل فهو ممنوع، والوفـاء به غير لازم، لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشـرع، فما لم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء، فليس للـناس إذن على هذا القول أن يعقدوا ما شاءوا من العقود، إلا إذا وجد من الأدلة الفقهية ما يدل عليه، ويوجب الوفاء به، أما القول الثانى فبمقتضـاه يكون الناس أحرارًا فى أن يعقدوا ما شاءوا من العقود، ويشترطوا من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم إلا إذا قام الدليل على المنع، فعندئذ لايجب الوفاء.

١٣٢ ـ وقد استدل الذين أخذوا بالقول الأول :

(١) بأن الشريعـة قد رسمت حدودًا، وأقـامت معالم لرفع الحق، ولتـسود المعـاملة العـادلة بين النـاس بلاشطط، ولم تتـرك أمـر الناس فـرطًا بلا ضـوابط ولاحدود، ولاقيود تمـنع الظلم والغرر والجهالة المفضيـة إلى النزاع، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع، أو لا يعتمد على أصوله الثابتة بلاريب فى ثبوتها فهو تعد لحدود الشريعة، وما يكون فيه تعد لحدودها لاتقره، ولاتوجب الوفاء به. وأيضًـا فإن وجـوب الوفـاء إلزام من الشارع الحكيم، ولايـصح أن نفتى فى أمـر وندعى أن الشارع ألزم به، إلا إذا ورد فى مـصادر الشريعة وأصولهـا ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء. ومن ألزم فى الشريعة الوفـاء بأمر لم يرد فى مصادرها ما يوجب الوفاء به فقـد حرم حلالا، وأحل حرامًا، وذلـك افتراء على الله الكذب، وفعل أهل الجـاهلية الذين كانوا يحـرمون، ويحلون من غيـر علم من الشرع ولا سلطان مبين.

(٢) وقد استدل أيضًا لهذا القول بقول الرسول ﷺ : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهـو رد» فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسـان والتزمه إلا ما

صح أن يكون عقدا جاء النص بالإلزام به باسمه، أو بإباحة التزامه [1]، وأيضًا فقد ورد أن رسول ﷺ وقف خطيبًا، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: «أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله، ما كان من شرط[2] ليس فى كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق» وإذا كان كل شرط يشترط، ولم يرد به نص باطلا، فبالأولى كل عقد يعقده العاقدان، ولم يعلم من مصادر الشريعة أنها تقره، وتلزم بالوفاء به.

وقد استدل الذين يرون أن الأصل فى العقود الإباحة لا المنع، وأن كل عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه (١) بما ورد فى القرآن الكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين، فكل ما يصدق عليه أنه عقد، فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن، ولقد أثبت القرآن أن كل تجارة يوجد فيها الرضا فهى مباحة تثبت لكلا المتعاقدين حقوقًا مالية، فكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام، بالنص. وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضًا بمقتضى القياس عليها ما دام قد تحقق مناط الجواز، وهو الرضا؛ لأنه علة الوفاء، والمعنى الذى من أجله كان الإلزام والالتزام فى العقود. وآيات القرآن الكريم الواردة فى وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة فى المعنى، ومبينة أن الغدر ليس من الإسلام،ونقيض أخلاقه وخروج عن مبادئه، وليس العقد بين العاقدين إلا عهدًا قد قيدت بأحكامه ذمتهما، وهو غل فى أعناقهما، فالوفاء به، وتنفيذ موجباته من نوع الوفاء بالعهد، والامتناع عن تنفيذ ما اشتمل عليه خيس فى العهد لايتفق مع مبادئ الأخلاق التى يدعو إليها الدين ، ومع احترام العهود الذى يلزم به، وكيف لايكون الوفاء فى العقود مطلوبًا ؟!! والآثار متضافرة عن الرسول ﷺ، توجب الوفاء بالعهد، وعدم خفر الذمة، وتقبيح الغدر، وليس الامتناع عن تنفيذ ما أوجبه العاقد على نفسه كيفما كان عقده، ومهما يكن وصفه، وموضوعه

(١) راجع الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم، الجزء الخامس، ص ٣٢.
(٢) يفسر المخالفون الشرط الذى ليس فى كتاب الله بالشرط الذى يخالف نصًا فى الكتاب.



إلا من باب الغدر، فالوفاء بكل عقد واجب ولو لم يرد به نص، ما دام لم يشتمل على أمر حرمه الشارع ونهى عنه[١].

(٢) وقد استدل أيضًا لإثبات أن الأصل فى العقود وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل على ضد ذلك بأن العقود من الأفعال التى تسمى فى لسان الفقهاء بالعادات، وليست من العبادات، والعادات ينظر فيها إلى عللها [٢] ومعانيها لا إلى النصوص والآثار، فليست عبادة يتعبد بها، بل أحكامها معللة بمصالح الناس، وإقامة العدل بينهم، ودفع الفساد، فلا يقف المكلف عند النص، بل كل ما تتحقق فيه العلة يتعدى إليه الحكم، وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق وإسقاطها بالرضا، فكل عقد يتحقق فيه الرضا، وفيه نقل حق أو إسقاط حق، فهو واجب الوفاء، ولو لم يرد به نص صريح مبيح، ملزم الوفاء به، لتحقق العلة فيه.

---

(١) راجع رسالة العقود والشروط لابن تيمية، الجزء الثالث من الفتاوى، ص ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥.

(٢) عقد الشاطبى فصلا فى الموافقات يثبت فيه أن الأمور التى تعتبر من العادات لا من العبادات يتجه فيها إلى المعانى والعلل، ويتوسع فيها، ولايقف المكلف عند النص، بل يثبت الحكم فى كل ما يتحقق فيه علته، ويثبت مناطه، ولنقتبس منه قبسة تضئ الموضوع، فقد قال : «إن الأصل فى العادات الالتفات إلى المعانى لأمور : (أولها) الاستقراء، فإنا وجدنا الشارع قاصدًا لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار : فترى الشىء الواحد يمنع فى حال لايكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل يمتنع فى البيع، ويجوز فى القرض، ، يمتنع حيث يكون ربا، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ولم نجد هذا فى باب العبادات مفهومًا كما فهمناه فى العبادات . . . (والثانى) أن الشارع توسع فى بيان العلل والحكم فى تشريع باب العبادات، كما تقدم مثله، وأكثر ما علل فيها بالوصف المناسب الذى إذا عرض للعقول تلقته بالقبول، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعانى لا الوقوف مع النصوص، بخلاف باب العبادات؛ فإن المعلوم فيه خلاف ذلك، وقد توسع فى هذا القسم مالك رحمه الله، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة، وقال فيه بالاستحسان ونقل عنه أنه تسعة أعشار العلم.
و(الثالث) أن الالتفات إلى المعانى قد كان معلومًا فى الفترات التى لم يكن فيها رسل، واعتمد عليه العقلاء، حتى جرت بذلك مصالحهم، وأعملوا كلياتها على الجملة، فاطردت لهم،سواء فى ذلك أهل الحكمة الفلسفية وغيرهم، إلا أنهم قصروا فى جملة من التفاصيل، فجاءت الشريعة لتتمم مكارم الأخلاق، فدل هذا على أن المشروعات فى هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل فى العادات على أصول المعهودات. ومن هنا أقرت هذه الشريعة جملة من الأحكام التى جرت فى الجاهلية، كالدية والقسامة . . . والقراض . . وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمودًا وما كان عندهم من محاسن العادات ومكارم الأخلاق التى تقبلها العقول، وهى كثيرة» ا هـ. المراد.
راجع الموافقات، الجزء الثانى، ص ٢١٤.

(٣) ومما يستدل به لهذا الرأى أيضًا أن كثرة الفقهاء، أو أن كثرة أصحاب المذاهب المشهورة يقررون أن الأصل فى الأشياء والمعاملات العادية، وما لايتعلق بالأبضاع الحل لا الحرمة [١]. ولا شك أن عقود المعاملات المالية من ذلك الصنف، فكان الأصل فى الإقدام عليها الإباحة، فمباح للشخص بمقتضى ذلك الأصل أن يباشر من العقود ما يرى فيه مصلحته، وما يحقق رغبته، وإذا كانت العقود كلها مباحة للشخص، ولو لم ينص عليها، ولم ترد فى المصادر الفقهية، فالوفاء بها لازم، لوجود الإذن العام بجعل الرضا أساسًا لإثبات الحقوق، وأساسًا لنقلها، وأساسًا لإسقاطها، ولوجود الالتزام العام بالوفاء بالعقود، واحترام العهود، وعدم الغدر، ولقد فصل الشارع ما حرم، فتحريم العقود التى لم يرد ما يدل على تحريمها تحريم لما أحل الله سبحانه وتعالى، وتهجم على شرعه من غير علم ولاسلطان مبين.

١٣٣ ـ هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز لأدلة الرأيين [٢]، وحجج الفريقين، ويقول ابن تيمية إن القول بالمنع، حتى يقوم الدليل على الإباحة «هو قول أهل الظاهر، وكثير من أصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحيانًا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولاقياس، كما قاله فى إحدى الروايتين فى وقف الإنسان على نفسه؛ وكذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد، ويقولون : ما خالف مقتضى العقد فهو باطل [٣]» اهـ. هذا ما حكاه ابن تيمية، والمتتبع لعبارات الفقهاء فى الكتب المذهبية المختلفة يصدق ما نقله فى ذلك الكاتب الفقيه العظيم، وهنا يجول بالخاطر سؤال يبلبل النفس، ويثير الحيرة : أتقف الشريعة فى نظر أولئك العلية من العلماء جامدة فتحكم بالبطلان على كل ما يجد فى شئون المعاملات من عقود وشروط ؟

---

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث فصل العقود والشروط، ص ٣٣٤.

(٢) من أراد الرجوع إلى أدلة الرأيين مفصلة فليرجع إلى الجزء الخامس من الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم، وإلى كتاب الشروط والعقود فى الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية.

(٣) كتاب الشروط والعقود من فتاوى ابن تيمية، الجزء الثالث، ص ٣٢٣.

إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها، وتشعبت أنواعها، وتنوع بحسب العرف التجارى ما يشترطه العاقدون، حتى وجدت عقود لم تكن، وتفنن الناس فى الشروط تفننا باعد ما بين العقود وأصولها المذكورة فى كتب الفقه، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود، وفساد هاتيك الشروط لصار الناس فى حرج وضيق، ولشلت الحركة فى الأسواق، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس، بل لتقطعت الأسباب، فلاتنمو ثروات آحاد الناس، ولاتنمو ثروة الجماعات !! ذلك ما يجول فى الصدر عندما يقرأ القارئ أن جمهرة الفقهاء يحرمون العقود والشروط إلا ما نص عليه أو أثبتته المصادر الفقهية بشكل عام؛ ولكن القارئ الممعن فى تفهم ما يقرأ، الذى لايكتفى بالسطور حتى يتغلغل فيما وراءها يرى أن ذلك الرأى الغالب على أولئك السابقين من أهل الفقه، لايؤدى إلى تضييق المعاملات على الناس؛ لأن الكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد، حتى يقوم الدليل، قد وسعوا فى الأدلة المثبتة لجواز العقود، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجرى به المعاملات أو أكثره، حتى لايكون الناس فى ضيق، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول الآتية :

(١) أصل المصالح المرسلة فإنها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة يجيزه الشارع.

(٢) وأصل الاستحسان.

(٣) وقاعدة أن ما يجرى به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادمًا لنص.

١٣٤ ـ هذه الأصول لو أخذنا بها أو ببعضها وطبقناها فى العقود لوجدنا الأكثرين من الفقهاء قد فتحوا الباب، ولم يضيقوا واسعًا على الناس وهم يتقاربون بهذا ممن يقولون أن الأصل فى العقود الإباحة حتى يقوم الدليل، وبذلك تخف حدة الخلاف ويهون الفرق، ولنعرف كل أصل من هذه الأصول بكلمة ونشير إلى تطبيقه على العقود.

ولنبدأ بقاعدة العرف وإقرار الشارع لما يجرى به؛ فإن تلك القاعدة تفيد فى موضوعنا هذا بنص صريح؛ وهى من جهة ثانية مقررة مشهورة فى كتب الحنفية وفتاويهم، فالعرف أصل ثابت عندهم، فلقد صرح فى المبسوط بأن الثابت بالعرف

كالثابت بالنص، وجاء فى شرح الأشباه للبيرى أن الأمر الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى، ولأن العرف يعتبر من الدلالات الشرعية اعتماداً على الأثر : «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن» (١) ولقد يذكر الفقهاء قوة العرف لا فى إثبات الأحكام الشرعية فيما لادليل له سواه، بل يذكرونه فى مقام معارضته لغيره من الأدلة الشرعية وعدم معارضته، فيذكرون أن العرف لايعارض النص، بل يسقط العرف بجوار النص، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذى يعارضه قياسًا(٢)، ويذكرون فى هذا المقام أن العرف عام وخاص، وأن العرف العام هو الذى يثبت فى سائر البلاد، والعرف الخاص يثبت فى بعضها دون بعض، وكلاهما له أثر فى الأحكام، على حسب قوته، فالعرف العام لكل البلاد تثبت أحكامه لكلها،والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط (٣)، ولكن العرف الذى يصح أن يكون معارضًا لأدلة الفقه الأخرى، هو العرف العام (٤) فقط، أما العرف الخاص، فهو لايؤخذ به إلا فيما إذا لم يكن فى موضوعه أى دليل فقهى سواه، ولقد أثبتوا بناء على أن العرف دليل شرعى، وأن ما يثبته العرف يقره الشرع ما لم يكن نص يخالفه ـ صحة عقد الاستصناع، لأن التعامل جرى به بين الناس، كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد، ولم يرد به أثر، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وجرى به عرف، وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف.

ولم يكتف الحنفية بجعل العرف له ذلك الأثر، بل جعلوا أحكام مذهب أبى حنيفة وأصحابه قابلة للتجديد، بجعل العرف ذا أثر فى تغييرها، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم فى مذهب أبى حنيفة بمقتضى المروى الصحيح فى كتبه مخالف للعرف العام، ولم يكن معتمداً على نص صريح، صح للمفتى على مذهب الحنفية أن يخالف المنصوص عليه فى المذهب، ولايعتبر خارجًا فى فتياه عن نطاق ذلك

---

(١) راجع رسائل ابن عابدين، الجزء الثانى، ص ١١٥، والأشباه الجزء الأول، ص ١٢٦، وما يليها.

(٢) رسائل ابن عابدين.

(٣) رسائل ابن عابدين، الجزء الثانى، ص ١٣٢.

(٤) رسائل ابن عابدين، الجزء الثانى، ص ١١٦.



المذهب الجليل، فنرى ابن عابدين يقول فيما إذا خالف العرف ما جاء فى ظاهر الرواية [١] : «اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص، وهى الفصل الأول [٢]، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى، وكثير منها يبينه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه، بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا».

ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد أنه لابد من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس. ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة، بناها على ما كان فى زمنه؛ لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال ما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه، فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه، لانقطاع عطايا المتعلمين التى كانت فى الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لضاعوا وضاع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة عليه، وكذا على الإمامة والأذان؛ مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه [٣].
ويقول فيما يجب على المفتى الإفتاء به :

«فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتى ليس له الجمود على المنقول فى كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله، وإلا يُضيِّع حقوقًا كثيرة، ويكن ضرره أعظم من نفعه» [٤].

---

(١) هى الكتب التى روى فيها الإمام محمد مذهب أبى حنيفة وأصحابه.

(٢) أى الفصل الذى لايعتبر فيه العرف، لأنه يكون معارضًا للنص.

(٣) راجع رسائل ابن عابدين، الجزء الثانى، ص ١٢٥، ١٢٦.

(٤) الرسائل الجزء المذكور، ص ١٣١، وإنا نوصى كل طالب لفقه أبى حنيفة أن يقرأ رسالة العرف هذه، فهى من لب الفقه وصميمه.

ومن هذا كله يستفـاد أن العرف دليل شرعى عند الحنفيـة يثبت أحكامًا فى كل موضع خلا مـن دليل غيره على حكم فيـه، بل إنه يعارض القياس، ويعـتبر دونه إذا كان عـامًا، وعلى ذلك نقول : إن كل العـقود التى يقرها عرفنا الحـاضر كشركات المساهمة، وغيرها مما أوجده التعامل فى العصر الحاضر هى عقود شرعية يقرها فـقه أبو حنيفة مـا دامت لم تخالف نصًا فى الشـرع، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد، وإرسالها غير مقيدة إلا بالعرف.

١٣٥ ـ الاستحسان : ولننتقل بعد ذلك إلى الأصـل الثانى الذى يفتح لنا الباب لحرية التعاقد وهو الاستـحسان، وقد أنكر ذلك الأصل الشافعى، ومن نحا نحوه فى الأصول والفروع، وقال : من استحـسن فقد شرع، يقصد بذلك أن من أفتى باستحسانه، فقد جعل نفسه شارعًا لا مجتهدًا، والشارع فى نظر الشريعة هو الله وحده، ولكن أخذ بالاسـتحسان أبو حنيفة وأصحـابه، ومالك حتى أنه يروى عنه أنه قال : «تسعة أعشار العلم الاستحسان».

وقد اختلفت عـبارات الفقهاء فى بيـان حقيقة الاسـتحسان الشرعيـة، فقال بعضهم: إنه ما يستـحسنه المجتهد بعقله من غير أن يوجد نص يعـارضه أو يثبته، بل يرجع فيه إلى الأصل العام، وهو جريان المصالح التى يقرها الشرع.

وقال بعـضهم : إن الاستـحسان هو الدليل الـذى ينقدح فى نفس المجتـهد ولايقدر على إبرازه وإظهاره، ولايكون فى موضوعه دليل ناف أو مثبت، وأحسن تعريف لـلاستحـسان عند الحنفـية، ما قـاله أبو الحسن الكرخـى، وهو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نـظائرها، إلى غـيره، لدليل أقوى يقـتضى العدول عن الدليل الأول المثـبت لحـكم هذه النظائر، ويدخل فى عموم هذا التعريف ما يقوله بعض الفقهاء من أن الاستحسان هو القياس الخفى(١)، وفى الحق أن تعريف الكرخى يحتاج إلى بعض البيـان. ولذلك نقول كلمة موجزة

---

(١) راجع فى هذا: المستصفى للغزالى، الجزء الأول، ص ٢٧٤، وما يليها، وكشف الأسرار على أصول فخر الإسلام، الجزء الرابع، ص ١١٢٣، وقد عـرف الاستحسان فى مذهب مالك بأنه الأخـذ بمصلحة جزئية فى مقابل دليل كلى، ، وقال ابن العربى فى أحكام القرآن إن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين.

فى بيانه، وذلك أن القياس، (وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة جامعة بينهما) يقتضى الاطراد، وشمول كل الجزئيات، فهو يسرى بحكمه على كل أمر تحققت فيه العلة التى من أجلها شرع الحكم، وقد يكون فى الاطراد والعموم ما يؤدى إلى ضرر فى بعض الجزئيات، وفوت غرض الشارع ومرماه العام إذا طبقنا القضية الكلية التى اقتضاها القياس، فالمتتبع لأحكام الشريعة يجد مثلا أنها بينت أن مبادلة النقدين تقتضى القبض فى المجلس، وإلا لم يصح العقد، فلو عممنا مقتضى هذه القضية «وقايسنا فى كل ما تتحقق فيه علتها ما صح الفرض، ولكن عدم صحته يوقع الناس فى ضيق وحرج، وقد يؤدى إلى الشح، وعدم معاونة الموسر للمعسر بإعطائه وانتظاره إلى ميسرة، وإن من أغراض الشارع العامة إيجاد أسباب التعاون، ووصل أسباب المودة، والتعاطف بين بنى الإنسان! ولذلك شرع القرض، وأبيح وأقر المتعاقدان عليه مع أنه فى مؤداه ليس إلا مبادلة نقدين، قد فات فيهما التقابض فى المجلس.

وهكذا يقال فى كثير من العقود التى كان اطراد القياس يوجب منعها، وأجازها الاستحسان عند الحنفية، كالمزارعة والمساقاة؛ ولذلك يقول الشاطبى فى الموافقات : «إن مقتضى الاستحسان الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشبيهه؛ وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة، كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمرًا، إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك» [1] ولقد بالغ بعض فقهاء المالكية فى الاستحسان حتى قال إنه عماد العلم، وإن المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة.

من هذا يتضح معنى الاستحسان الذى يعده الحنفية والمالكية أصلا من أصول الفقه الإسلامى، وإنا لو طبقناه وسرنا سير الأقدمين فيه، وفتحنا أبوابه فى العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات من العقود التى لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية، فما لم يكن العقد ربا صريحًا فالاستحسان متسع له، لأن

---

(١) راجع الموافقات، الجزء الرابع، ص ١١٧.

الاستحسان أصل يؤخذ به عند عدم معارضة النص القاطع، فما لم يوجد نص، وكان فى اطراد القياس تفويت لمقصد من مقاصد الشارع العامة، فالاستحسان يوجب مخالفة القياس إلى ما يحقق مقصد الشارع ورفع الحرج، ولاشك أن فى اطراد القياس بمنع عقود جرى تعامل الناس بها - وإن لم ترد فى الفقه الإسلامى - حرجًا شديدًا، وتضييقًا على الناس فى أمر لهم فيه متسع.

١٣٦ - المصالح المرسلة : ولننتقل بعد هذا البيان الموجز عن الاستحسان إلى الأصل الثالث الذى يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها وهو المصالح المرسلة، ويسمى فى عرف بعض الأصوليين الاستصلاح، وهو صنو الاستحسان، وقريب منه فى مرماه وإن كان هو أوسع شمولا. ومعناه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول، ولايشهد أصل خاص فى الشريعة بإلغائها أو اعتبارها؛ وإن الأخذ بذلك الأصل واعتباره أصلا من أصول الفقه الإسلامى موضع خلاف بين الفقهاء، والآخذون به أقل عددًا من الآخذين بالاستحسان والعرف، فلم يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة، وحمل عليه إمام الحرمين والغزالى حملة شديدة، وملخص الاحتجاج لرفضه ينتهى إلى ثلاثة أمور :

(أحدها) أن الأخذ بمبدأ المصالح، ولو لم يشهد لها دليل خاص من الشارع يفتح باب الهوى والشهوة، فيكون كل ما يشتهيه الشخص ويرغبه مصلحة يُبنى عليها حكم شرعى بالإباحة والإقرار، وذلك يؤدى إلى المفاسد والبوار.

(وثانيها) أن المصالح المرسلة تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأقوام، وباختلاف الأشخاص، بل باختلاف أحوال الشخص الواحد، فإذا جعلنا كل مصلحة تقتضى حكمًا يناسبها، فقد تتناقض أحكام الشىء الواحد فى الشريعة الإسلامية، وتتضارب، فيكون مرة حلالا، ومرة حرامًا، وذلك لايجوز فى الشرع.

(وثالثها) أن المصلحة التى تناط بها أحكام الشريعة هى المصلحة التى تكون فيها المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشارع أن يحفظ على الخلق دينهم، وأنفسهم وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول

الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وما كان داخلا فى ضمن هذه الكلية فالحكم فيه قياسى، أما الحكم بمقتضى المصالح المرسلة المطلقة عن التقيد بهذه الكليات الخمس، فهو تخييل وقد يكون هوى فلا عبرة به فى نظر الشارع الإسلامى.

وقد أجاب الذين أخذوا بالمصالح المرسلة، وعدوها أصلا، عن الدليل الأول والثالث بأن المصلحة المرسلة التى يعتد بها هى التى تكون ملائمة فى الجملة لأغراض الشارع، وإن لم يشهد لها أصل خاص، وبذلك يبتعد الهوى والتشهى عن الشرع، والإفتاء فيه، ومن جهة ثانية، فالذى يفتى بالأخذ بالمصلحة المرسلة هو المجتهد، وهو يوازن بين الغايات والمراجى الشرعية وقرب المصلحة منها وبعدها عنها، وفى ذلك حصانة للمصلحة من غلبة الشهوة والهوى المؤديين إلى الفساد، وأجابوا عن الدليل الثانى (وهو أن الأخذ بهذا الأصل يؤدى إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص)، بأن هذا لايعيب الشريعة، بل يدل على مرونتها، وفى تلك المرونة القوة وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وبقاؤها ودوامها؛ لأنها تحقق كل مصالح الناس، وترفع عنهم كل ضرر وضرار من غير أن تمس أصولها بتغيير أو تحريف.

هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز فى بيان بعض أوجه النظر فى ذلك الأصل، وإذا كان الآخذون به قلة بين الفقهاء فحسبهم أن على رأسهم إمام دار الهجرة مالكًا رضى الله عنه، وإن فى الأخذ بذلك الأصل فتحًا لباب التعاقد واحترامه إذا تحققت فيه مصلحة مهما تكن ما دامت متلائمة مع أغراض الشارع؛ أو غير منافية لمرماه.

هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها، أو أخذنا ببعضها، بل لو أخذنا بأحدها، وهو العرف لكان وحده كافيا لفتح باب التعاقد على مصراعيه، وإطلاق الحرية للمتعاقدين، وما ساغ لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد؛ وأغلقوا أبوابها، فإن أقوال الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعًا، باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء يتمم بعضها بعضًا، ويتكون منها بنيان متناسق

الأركان، ثابت الـدعائم، ولايصح أن يؤخذ أصل مـن غير نظر إلى غـيره، فـقد يكون به شدة يلطفها غيره من الأصول ، وقد يكون رخواً فيحتاج إلى أصل صلب يطوى عليه؛ ليكون فيه نفع للعباد ودفع للفساد.

الشروط المقترنة بالعقود

١٣٧ ـ هذا جزء من حرية التعاقد، وهو متمم لبـحثها؛ فإن الذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه غير مقيديه إلا بدليل من الشرع مانع يفتحون أيضًا باب الشروط فى العقود، فيجعلون للعاقـد أن يشترط فى أثناء تكوين العقد ما شاء من الشروط، والذين يقيدون باب التـعاقد، ويستمسكون بمقتضيـات العقود التى أقرها الشارع، والآثار التى اعتـبرها لايعدونها، لايحترمون من الـشروط إلا ما يتفق مع مقتـضاها، وقد ألمعنا إلى شىء من ذلك عند الكلام فى حرية التـعاقد، وهنا نريد أن نفصل بعض التفصيل هذا الجزء، فإن الإشارة إليه ليس فيها غناء عن بيانه :

إن الشريعة لاتعطى حمايتها لكل الـشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم بل تعطى تلك الحمـاية لما يلائمها من الشروط، وتمنعـها مما يخالفهـا، ومثلها فى ذلك المنع مثل القوانـين الحديثة فى معاملتـها للشروط المخالفة للـنظام العام. فهى لاتمنحهـا الحماية، ولاتجيـز للمحاكم رعايتـها، بل تعتبـرها جريمة فى كثير من الأحوال.

ولكن مـا الضابط للشـروط المحللة السـائغة، والشـروط غيـر السائغـة فى الشـريعة ؟ الذى يـستنبط من أقـوال الفـقهـاء أنهم اخـتلفـوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب: فمذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع الشريف أو يزيد على مقتضى العقد الذى اشـترط فيه من غير ورود أثر به ـ شرط لايقره الشرع ولا يرعاه، كأن تشترط المرأة فى الزواج ألا يتزوج عليها، أو لاينقلها من بلدها، فقـد قال هؤلاء الأئمة أن هذا الشرط لايقـتضيه عـقد الزواج، بل هو زائد على ما يوجبه ذلك العقد من التزام، فلا يقر ولايلتفت إليه.

وأصول كـثيرين من الحنابلة على أن كل شـرط لم يقم دليل من الشرع على النهى عنه، وعلى عدم اعتبـاره، فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقيـيد بمقتضى



العقد؛ وذلك لأن الناس عند شروطهم، وعليهم رعاية عهودهم، وإن نكثوا وحاولوا التحلل من قيودها حملهم القضاء على الوفاء به؛ ولذا أوجبت الحنابلة الوفاء بالشروط التى تصحب عقد الزواج، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها وألا ينتقل من بلدها أو دارها، ويجيز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها، وأجازوا اشتراط أن يأخذ البائع الجارية بثمنها الذى بيعت به إذا اشترط عند بيعها ألا يبيعها لغيره، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك، وهكذا نرى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط فى العقود من غير قيد ولاشرط إلا شرطًا واحدًا، وهو ألا يخالف الشرط شيئًا فى كتاب الله سبحانه وتعالى أو فى سنة رسوله ﷺ، أو يثبت من قواعد الشريعة العامة المنع فيه.

وقال الظاهرية : إنه لايعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته، وقام الدليل على وجوب الوفاء به، لأن الالتزامات الشرعية لاتأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم، ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهم، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التى يشترطها العاقدان لايلتفت إليها ولايحكم لها بأثر، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه.

١٣٨ - وترى من هذا أن الخلاف فى حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف فى حرية التعاقد نفسها، ثم إن الحنابلة والظاهرية يقفان فى هذا المقام على طرفى نقيض،أولئك يبيحون كل شرط لم يثبت فى الشرع نهى عنه، وهؤلاء ينفون كل شرط إلا ما قام الدليل على إجازته، ودلائل الفريقين لاتخرج عما سقناه من استدلال فى موضع النزاع فى حرية التعاقد؛ فلنكتف بما سقناه هناك توخيًا للإيجاز، ومنعًا للتكرار.

وإنا مع ميلنا إلى طريقة الحنابلة فى الشروط التى تشترط فى العقود المالية، وفتح بابها، وإطلاق الحرية للمتعاقدين فى اشتراط ما يريانه من شروط فيها مادامت لاتدخل فى عموم منهى عنه، أو تخالف قاعدة مقررة فى الشريعة نرى أن الرأى الوسط فى الشريعة أن تقسم الشروط فى كل العقود كما قسمها الشاطبى فى موافقاته، إذ قال : «الشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام» :

(أحدها) أن يكون مكملا لحكمة الشروط وعاضدًا لها بحيث لايكون فيه منافاة لها على حال؛ كاشتراط الكفء والإمساك بمعروف، والتسريح بإحسان فى النكاح، واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة فى الثمن فى البيع، فهذا القسم لاإشكال فى صحته شرعًا، فإنه مكمل كل سبب يقتضى حكمًا . . . فإنه لما كان غير الكفء مظنة لعدم التلاؤم لأنفة أحد الزوجين أو عصبتهما، وكانت الكفاءة أقرب إلى التحام أحد الزوجين والعصبة، وأولى بمحاسن العادات، كان اشتراطها ملائمًا لمقصود النكاح، وهكذا الإمساك بمعروف، وسائر تلك الشروط المذكورة تجرى على هذا الوجه، فثبوتها شرعًا واضح.

(والثانى) أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد، ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول؛ كما إذا اشترط فى النكاح ألا ينفق عليها، أو شرط فى البيع ألا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع ألا يضمن الشىء المستأجر عليه وإن تلف، وهذا القسم لا إشكال فى إبطاله لأنه مناف لحكمة السبب، فلايصح أن يجتمع معه، فإن اشتراط الناكح ألا ينفق ينافى استجلاب المودة المطلوبة فيه، وهكذا سائر الشروط، إلا أنها إذا كانت باطلة، فهل تؤثر فى المشروطات ؟ هذا محل نظر.

(والثالث) ألا يظهر فى الشرط منافاة لمشروطه، ولا ملاءمة، وهو محل نظر، أيلحق بالأول أم بالثانى من جهة عدم الملاءمة ظاهرًا ؟ والقاعدة المستمرة فى أمثال هذا ـ التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لايكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعانى، والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن؛ إذ لامجال للعقول فى اختراع التعبدات؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، ما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعانى دون التعبد، والأصل فيها الإذن، حتى يدل الدليل على خلافه»[1].

(١) راجع بحث مشكلة الأوقاف للمؤلف المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد السابع، ص ٧٤٦، وما يليها، والموافقات للشاطبى الجزء الأول، ص ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨.



هذه كلها أصول عامة إجمالية، ولكل مذهب تفصيل لذلك الإجمال، وفيه يختلفون. فالشافعية والمالكية والحنفية اتفقوا فى الجملة على التمسك بمقتضيات العقود كما ذكرنا، ولكنهم اختلفوا فى التفصيل، وتشعبت أنظارهم، ولنذكر كلمة فى ذلك الإجمال فى المذاهب الثلاثة.

١٣٩ ـ وتفصيل الكلام عند الحنفية أنهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وباطلة، وفاسدة، وهذا التقسيم يعتمد على موافقة الشرط لمقتضى العقد الذى أقره الشارع، والقواعد العامة للشريعة، وعلى ورود الأثر به أو عدم الورود، ثم على إقرار العرف وعدم إقراره، إن زاد الشرط على مقتضى العد، ولم يرد به نص من الشرع، كما يدخل فى تقدير الشارع لتأثيره فى العقد كونه فيه فائدة لأحد أو ليست فيه فائدة، هذه هى الأسس التى يعتمد عليها تقسيم الشروط فى العقود عند الحنفية إلى صحيحة وباطلة وفاسدة :

(أ) فالشرط الصحيح هو :

(١) ما يكون موافقًا لمقتضى العقد كاشتراط تسليم الثمن قبل تسلم المبيع.

(٢) أو ما يكون مؤكدًا لمقتضاه كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المؤجل، أو اشتراط رهن معين به، فإن ذلك الشرط يؤكد استيفاء الثمن، واستيفاء البائع للثمن مما يقتضيه عقد البيع، فكل ما كان للاستيثاق من هذا الوفاء فهو مؤكد لهذا المقتضى.

(٣) أو يكون قد ورد به أثر من الشارع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة : فإن اشتراط الخيار مدة معلومة يكون للعاقد حق الفسخ فيها ـ شرط ليس من مقتضى العقد، وليس مؤكدًا لهذا المقتضى، ولكن ورود الأثر به جعله سائغًا صحيحًا.

(٤) أو ما يجرى به عرف كمن يشترى ساعة، ويشترط على البائع إصلاحها مدة معلومة، فهذا الشرط صحيح، عند الأئمة الثلاثة أبى حنيفة وصاحبيه، وقال زفر: إن الشرط فاسد، ورأيه هو القياس؛ لأنه زائد على مقتضى العقد، وغير مؤكد له، وفيه منفعة لأحد العاقدين، فيكون فاسدًا، ولكن رأى الأئمة الثلاثة أنه يجب الأخذ بالاستحسان هنا؛ لأن العرف ما يخصص القياس، وقد جرى العرف بمثل

هذا الشرط فيقر، وما يجرى به العرف تؤيده الشريعة ما لم يخالف نصًّا أو أثرًا قد ورد من الشارع الحكيم.

والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد، ويستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه، ويصير جزءًا من مقتضى العقد، فإذا اشترى شخص ساعة، واشترط إصلاحها، وساغ ذلك الشرط صار واجب الوفاء، بحيث يلزم البائع بالإصلاح إذا امتنع، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة.

(ب) والشرط الفاسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد، ولا مؤكد له ولم يرد به أثر، ولا جرى به عرف، وفيه منفعة لشخص سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما، كمن يبيع سيارة، ويشترط لنفسه الانتفاع مدة معلومة، وكمن يبيع دارًا، ويشترط لنفسه سكناها مدة معلومة، وكمن تتزوج رجلا على شرط ألا يخرجها من بلدها، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع، والإجارة، والقسمة،أفسد العقد. وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والرهن، كان العقد صحيحًا والشرط لاغيًا، بمعنى أن العقد لايؤثر فيه الشرط، ولكن الشرط لايجب الوفاء به.

وقد أحصى الفقهاء عقود المبادلات التى تفسدها الشروط الفاسدة فكانت هذه العقود : عقد البيع، والإجارة، والقسمة،والصلح على مال، والمزارعة والمساقاة[1]، وما عدا هذه العقود لايعتبر عقد مبادلة، فلا تفسده الشروط الفاسدة، بل يصح العقد ويلغى الشرط، فمن تزوج على شرط أن لامهر، أو تزوجت على شرط ألا يخرجها من بيت أهلها، يصح النكاح، ويعتبر الشرط كأن لم يكن، ويجب مهر المثل فى الصورة الأولى، وتلزمها الطاعة فى الثانية، ولايعتبر الاشتراط بحال من الأحوال مانعًا من حق الزوج فى الطاعة، والإمساك بالمعروف، ولكن ما العلة الدافعة للفقهاء لأن يجعلوا الشرط الفاسد مؤثرًا فى صحة عقود

(١) قد ذكرت بعض الكتب من بين العقود التى تفسدها الشروط الفاسدة الرجعة والإبزاء وعزل الوكيل، ولكن القواعد الفقهية توجب ألا تفسد هذه بالشروط الفاسدة، لأنها ليست من عقود المعاوضات، «راجع البحر الجزء السادس، ص ١٩٣، وما يليها، الزيلعى الجزء الرابع ص ١٣١ وما يليها، فتح القدير، الجزء الخامس».



المبادلة فيفسدها، ولايؤثر فى غيرها فلا يفسده ؟ نرى عبارات الفقهاء تختلف فى تعليل ذلك، فمن المؤلفين من يذكر أن الشروط التى فيها منفعة زائدة على مقتضى العقد لأحد العاقدين أو لغيرهما ممن هو أهل للانتفاع مفضية إلى جهالة فى المعقود عليه أو فى شىء يتعلق بالعقود، وعقود المعاوضات تفسدها أية جهالة فاحشة فى موضوعها، أو فى أى وصف يتعلق بذلك الموضوع، هذا تعليل يجرى على أقلام بعض الكتاب، وفيه نظر؛ لأن من الشروط ما يكون معينًا تعيينًا وافيًا كافيًا لايفضى إلى جهالة، ولو كانت يسيرة تغتفر فى عقود المعاوضات، ولذلك عدل عن هذا التعليل أكثر الكتاب فى الفقه، واعتمدوا على تعليلين ذكرتهما الهداية : (أحدهما) أن فى اشتراط شرط زائد على مقتضى العقد وجود عقدين فى عقد واحد، فمن باع دارًا، واشترط سكناها سنة، فإن كان جزء من الثمن مقابلا لهذه السكنى، كما هو ظاهر الحال كان ذلك العقد بيعًا وإجارة معًا، وإن كانت السكنى لايقابلها جزء من الثمن كان العقد بيعًا وإعارة معًا، وقد ورد الأثر بالنهى عن صفقتين فى صفقة، (ثانيهما) أن الأثر قد ورد بالنهى عن بيع وشرط، فكل بيع مع شرط زائد على مقتضاه منهى عنه، فيفسد العقد بسبب هذا النهى، ويقاس على البيع كل عقود المعاوضات؛ لأنها فى معنى البيع؛ إذ كل عقد من عقود المعاوضة يتضمنه فى ناحية من نواحيها، ويضاف إلى هذين التعليلين ما جاء فى فتح القدير والزيلعى من أن اشتراط منفعة زائدة على مقتضى العقد ربا، وعقود المعاوضات تفسدها الشروط الربوية، أما غيرها من العقود فلا يتصور فيها الربا[1].

هذه تعليلات الفقهاء من الحنفية التى ذكروها فى بيان السبب فى تأثير الشروط الفاسدة وإفسادها لعقود المعاوضات، وعدم تأثيرها فى غيرها، ونرجو أن نكون قد بينا وجهات نظرهم، وإن كنا لانوافق على مسلكهم.

(جـ) والشرط الباطل، ما ليس موافقًا لمقتضى العقد، ولا مؤكدًا له، ولم يرد به أثر، ولم يجر به عرف، وليس فيه نفع لأحد العاقدين، ولالغيرهما ممن هو

---

(١) راجع فتح القدير، الجزء الخامس، ص ٢١٧، ٢١٨، وراجع الزيلعى الجزء الرابع، ص ٣١، ٣٢.

أهل للانتفاع. كمن يبيع سيارة، ويشترط على المشترى ألا يستعملها إلا فى أحوال خاصة، أو فى زمن معين، وفى الجملة يقيد انتفاعه بها بأى نوع من أنواع التقييد، فهذا الشرط ليس فيه نفع لأحد ممن هو أهل للانتفاع، فيكون باطلا، ولذلك يلغى، ولايؤثر فى العقد بفساد أو بطلان، سواء أكان العقد عقد معاوضة أم كان غير معاوضة [١].

١٤٠ ـ هذا تفصيل موجز للشروط وأقسامها وأثرها فى العقود فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه، ولنتكلم عن الشروط وأقسامها عند المالكية. والمتتبع لفروعهم المستقرئ استقراء ممكنًا لها، يرى أنهم يرون أن كل شرط لايتفق مع ما يشترطونه لصحة العقد الذى اقترن به يكون مفسدًا للعقد، لأن العقد حينئذ لم يستوف شروط صحته، فلم تثبت حقيقته الشرعية، هذا أصل، وهناك أصل آخر، وهو أن كل عقد يناله الغرر والجهالة بسبب شرط من الشروط التى يشترطها العاقدون، فإن ذلك الشرط يكون مفسدًا للعقد، وإن تمسك به العاقد الذى اشترطه، إن لم يتمسك به وتنزل عنه ـ صح العقد ولغا الشرط [٢].

وعلى هذين الأصلين قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام : **(القسم الأول)** الشروط التى يشترطها أحد العاقدين وفيها منفعة له، وليس فيها منع للعاقد الثانى من حق أعطاه له الشارع بمقتضى العقد، كأن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار المبيعة مدة يسيرة، هى شهر وقيل سنة، ففى هذه الحالة لم يمنع المشترى فى الجملة من حق اكتسبه بمقتضى البيع، وعلى ذلك يصح العقد والشرط [٣].

---

(١) راجع فى هذا رسالة العقود والشروط، لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك.

(٢) راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثانى ص ١٣١.

(٣) يظهر أن هذا القسم من الشروط لايكون لازما، واجب الوفاء بالنسبة للأنكحة، بل إنه يكون غير مفسد للعقد، ولكن يستحب الوفاء به، ولايجب، ولذا جاء فى مقدمات ابن رشد ما نصه «أما الشروط المطلقة فى النكاح فمن أهل العلم من أوجبها، وروى القضاء بها، وروى عن ابن شهاب أنه قال : أدركت من العلماء من يقضون بها، لقول رسول الله ﷺ : «أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم بها الفروج . . .» والمعلوم المعروف فى المذهب أنها لاتلزم، لكن يستحب الوفاء بها» ومن أمثلة تلك الشروط أن يتزوجها ويشترط فى العقد ألا يتزوج عليها، فالعقد صحيح، والشرط غير لازم، ولكن الوفاء به مستحب، ولقد كان مالك رضى الله عنه ينهى العاقدين أن يشترطا فى النكاح شروطًا، وقد قال رحمه الله : «أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وألا يتزوجوا على دين الرجل وأمانته، وقد كتب بذلك كتابًا، وصيح به فى الأسواق، وعابها عيبًا شديدًا». راجع المقدمات، الجزء الثانى، ص ٥٩، ٦٠.

(القسم الثانى) الشروط التى فيها منع لأحد العاقدين من حق أعطاه له الشارع مقتضى للعقد من غير أن يكون فى الشرط جهة بر، ومثال ذلك أن يبيع شخص آخر عينًا من الأعيان، ويشترط عليه ألا يبيعها، ففى هذا منع له من حق أعطاه له الشارع، إذ أعطاه الشارع بمقتضى البيع ملكية مطلقة تعطيه التصرفات الشرعية كلها فيها، فأى حد لتلك التصرفات هو منع من حق اكتسبه من العقد، فيكون منافيًا لمقتضى العقد.

(القسم الثالث) الشرط الذى يكون فيه بر كأن يبيع عقارًا، ويشترط على المشترى وقفه مسجدًا تقام فيه الصلوات، فإن كان التنفيذ مشروطًا فيه التعجيل صح العقد والشرط، وإن لم يكن التعجيل مشروطًا فيه لم يصح، للغرر الذى يفضى إلى التنازع فى الزمن الذى يجب فيه إنشاء الوقف، أو البر.

هذا وقد انفرد الإمام مالك من بين الفقهاء برأى فى الشروط التى تفسد العقود، وهو أن الشرط الذى يفسد العقد وإن لم يتمسك به مشترطه، ينقلب العقد صحيحًا لزوال سبب الفساد، وقد خالفه فى ذلك جمهور الفقهاء، ووجهة نظره فى ذلك أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به، وهو وجود الشرط المنافى لمعنى العقد ومقتضاه، فإذا زالت تلك العلة التى أوجدت الفساد زال معها.

١٤١ ـ هذه إشارة إلى أقسام الشروط عند مالك، أما عند الشافعى، فتقسيم الشروط يتقارب جدًا مع التقسيم الذى يذكره المؤلفون فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه، وقد ذكر ذلك التقسيم فى فتح العزيز على وجيز حجة الإسلام الغزالى رضى الله عنه، فقد جاء فيه ما خلاصته : «الشرط ينقسم إلى :

(١) ما يقتضيه مطلق العقد، كالقبض وجواز الانتفاع والرد بخيار العيب فى البيع. هذا شرط صحيح لايضير ذكره، ولاينقص العقد إهماله.

(٢) وما لايقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة العقد نفسه، كشرط الرهن بالثمن المؤجل، وتقديم الكفيل له، وشرط وصف خاص فى المبيع، ونحو ذلك، وهذا شرط صحيح أيضًا يجب الوفاء به.

(٣) شرط ليس فى مصلحة العقد، ويورث غررًا يؤدى إلى التنازع، أو فيه منع لمقتضى العقد الذى أقره الشارع الإسلامى، كشرط قرض مع بيع، وكشرط ألا يتصرف المشترى فى المبيع ببيع، ونحو ذلك من الشروط التى تؤدى إلى نزاع، أو فيها ما يمنع بعض ما جعله الشارع مقتضى للعقد، وهذا النوع من الشروط غير صحيح، واقترانه بالعقد يفسده.

(٤) وشرط ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع، وهذا شرط لاغ لايضير العقد، ولايفسده، ولايجب الوفاء به» [1].

وهذا التقسيم يتلاقى فى أكثر نواحيه مع تقسيم الحنفية للشروط، ولكن الشافعية أجازوا من الشروط فى البيع ما لم يجزه الحنفية، فأجازوا البيع بشرط العتق، وهم فى ذلك يتفقون مع المالكية، فإنهم يجيزون ذلك أيضًا، وقد نوهنا إليه فيما مضى؛ إذ ذكرنا أنهم يقولون إن الشرط الذى يكون زائدًا على مقتضى العقد، وفيه قربة عاجلة يصح، ويلزم، والعتق قربة بلاريب.

١٤٢ ـ هذه هى المذاهب الثلاثة، مذهب أبى حنيفة ومالك والشافعى رضى الله عنهم، وهى تشترك جميعها فى أنها تقيد باب الشروط بقيود تختلف اختلافًا يسيرًا فى السعة والضيق، ولكنها تتقارب فى جملتها، أما مذهب الإمام أحمد بن حنبل فهو أوسع رحابًا، وأخصب جنابًا بالنسبة للشروط، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى، إذ بينا أن الأصل عند أكثر الحنابلة فى الشروط ووجوب الوفاء بها إلا ما قام دليل من الشارع على عدم صحته، ولذلك حكموا بصحة كل الشروط، ولكنهم استثنوا نوعين منها حكموا بفسادهما، لورود الأدلة الشرعية بذلك (أحدهما) كل شرط فى عقد يتضمن إنشاء عقد جديد، كأن يبيع عينًا لامرأة بشرط أن تتزوجه، أو يبيع شيئًا بشرط أن يعقد عقد صرف فى الثمن، فإن هذه شروط تتضمن عقدًا جديدًا، وقد ورد النهى عن صفقتين فى صفقة [2]، (ثانيهما)

---

(١) ملخص من شرح الوجيز الجزء الثامن، ص ٢٠٤، ٢٠٥، طبعة جماعة العلماء.

(٢) ويلاحظ أن الحنابلة لايعتبرون كل شرط زائد على مقتضى العقد، وفيه منفعة لشخص ـ صفقتين فى صفقة كالحنفية، بل إن ذلك خاص بحال ذكر عقدين فى عقد.

أن يشترط شرطًا فيه منع للعاقد من الانتفاع بما أثبته له من حقوق، كالبيع بشرط ألا يهب ونحو ذلك فهذه شروط فاسدة بل إنها تفسد العقد عند الحنابلة، وفى رواية إنها لاتفسده، وقيل إنها المنصوص عن أحمد، فعلى ذلك يكون العقد صحيحًا، والشرط لاغيًا، وقد ثبت ذلك بدليل شرعى، وهو القياس على حديث بريرة المشهور الذى قال فيه النبى ﷺ : «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله» وقد تقدم.

هذه خلاصة اتجاهات الفقهاء فى الشروط، وإذا لاحظنا ما فيها من قيود فى الجملة، ورجعنا عند ملاحظة هذه القيود إلى القواعد التى ذكرناها فى باب حرية التعاقد السابق، وهى قاعدة احترام ما يجرى به العرف، وقاعدة الاستحسان، وقاعدة المصالح المرسلة، أمكننا أن نأخذ من مذاهب السابقين بالنسبة للشروط طريقًا وسطًا لاترهقه القيود، ولاتمنع فيه المصالح التى يراها الناس، ولا يمنعها الشرع، والله عليم خبير.

* * *

صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره

١٤٣ ـ الصيغة التى يكون بها العقد قد تكون منشئة له غير مؤخرة لآثاره وأحكامه، بل توجد الآثار بمجرد تمامها، وقد تكون منشئة للعقد فى الحال، ولكنها تؤخر أحكامه إلى المستقبل، وقد تكون غير منشئة للعقد نفسه فى الحال، بل من شأنها أن تؤخر وجوده إلى المستقبل، وعلى ذلك تكون للصيغة ثلاثة أحوال، ويسمى العقد فى الأولى منجزًا، وفى الثانية مضافًا إلى المستقبل، وفى الثالثة معلقًا.

(أ) فالعقد المنجز ما كان بصيغة من شأنها أن تفيد وجود العقد وأحكامه فى الحال، أى بمجرد تمامها، كالبيع والنكاح ونحو ذلك، فإنهما لاينعقدان إلا بصيغ تفيد وجود العقد وأحكامه فى الحال.

(ب) والمضاف إلى المستقبل ما كان بصيغة تفيد وجود العقد فى الحال، ولكن تفيد بذاتها أيضًا تأخر أحكامه إلى المستقبل، كمن يعقد عقد إجارة دار لسكناها على أن تبتدئ السكنى بعد شهر من وقت العقد، وكمن يقول لعبده أنت حر غدًا على اعتبار أن العقد قد ينشأ بإرادة منفردة، فالعقد فى هذه الحال ينشأ، ولكن أحكامه كلها تؤخر إلى المستقبل، وهو الزمن الذى يعين فيه ابتداء تنفيذ أحكام العقد، ولذا لو اشترط فى الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل تعجيل الأجرة، لم يلتفت إلى هذا الشرط، لأنه يهدمه ويلغيه إضافة العقد إلى المستقبل، إذ تلك الإضافة تقتضى ألا يثبت شىء من أحكام العقد إلا بعد حلول ذلك الزمن الذى أضيف إليه، وفى اشتراط تعجيل الأجرة تنفيذ وتعجيل لأحكامه عن وقتها، فلا يلتفت إليه.

ولذا يقول الفقهاء إن العقد المضاف إلى المستقبل ينعقد سببًا فى الحال، ولكن السببية لاتعمل عملها إلا فى المستقبل [١].

---

(١) قد يبدو بادى الرأى أن إضافة العقد كاشتراط الخيار فيه، أو أن العقد المضاف كالعقد الموقوف، لأن كليهما ينعقد فى الحال، وتؤخر الأحكام إلى الاستقبال، إذ تؤخر فى الموقوف إلى الإجازة وفى المشروط فيه =



(جـ) والعقد المعلق ما كان بصيغة ترتب وجود العقد على أمر يوجد فى المستقبل، كمن يقول إن جاء ابنى من السفر سالمًا تصدقت بكذا، أو إن ثبت ما يدعيه إبراهيم على محمد من دين فأنا الكفيل بأدائه، أو إن بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات فمحمد وكيل ببيع قطنى، ففى كل هذه الصور لم يوجد العقد فى الحال، بل الصيغة تفيد احتمال وجوده فى المستقبل، فلاتجب الصدقة إلا بعد حضور ابنه سالمًا، ولاتنعقد الكفالة إلا بعد إثبات الدين، ولا تكون الوكالة إلا إذا بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات، وما لم يوجد أمر من هذه الأمور لا يوجد عقد، وعلى ذلك يكون الفرق بين تعليق العقد وإضافته إلى المستقبل أن تعليق العقد يقتضى ألا يوجد، حتى يوجد الأمر الذى رتب وجوده عليه، فمن قال لامرأته أنت طالق إن دخلت دار فلانة، فلايثبت طلاقه، حتى يوجد الدخول، أما إضافة العقد إلى المستقبل فتقتضى وجوده فى الحال، ولكن أحكامه هى التى تؤخر إلى المستقبل، فالعقد المضاف موجود بمجرد تمام الصيغة، أما العقد المعلق فلا يوجد، ولاينعقد سببًا لأحكامه إلا بعد وجود الأمر الذى رتب وجوده عليه؛ ولذا يقولون إن العقد المعلق قبل وجود الأمر المعلق عليه لأحكامه اسم فقط، وليس سببًا فعليًّا ولاحقيقة، لأن تأثيره فى إثبات الأحكام لايكون إلا بعد وجود الشرط المعلق عليه، أما المضاف فهو مؤثر فى وجود الأحكام وإثباتها، ولكن يتأخر وجودها إلى الزمن الذى أضيفت إليه.

= الخيار إلى سقوطه، ولكن يفرق بين العقد المضاف وبين العقد الموقوف والمشروط فيه الخيار بأمرين (أحدهما) أن تأخير الأحكام فى العقد المضاف يكون من ذات الصيغة المنشئة للعقد، لا من أمر خارج عنها بخلاف العقد مع خيار الشرط والعقد الموقوف، فإن تأخير الحكم فيهما ليس ناشئًا عن الصيغة المنشئة، ولكن من أمر زائد عليها فى خيار الشرط، ومن أمر خارج عنها فى البيع الموقوف، (ثانيهما) أن العقد المضاف أحكامه لايمكن أن تثبت قبل الزمن المضاف إليه بحال من الأحوال، أما العقد المشروط فيه الخيار، أو الموقوف، فإنه بإبطال خيار الشرط أو بإجازة العقد تكون الأحكام ثابتة من وقت العقد، بمعنى أنها تثبت مستندة إلى وقت العقد وإنشائه، أو على حد تعبير علماء القانون ـ له أثر رجعى، لأن إبطال الشرط تقرير للعقد من وقت وجوده تقريرًا تثبت معه كل أحكامه، فتثبت من وقت العقد، وإجازة العقد الموقوف كذلك، أما العقد المضاف فأحكامه لاتثبت إلا من وقت حلول الزمن المضاف إليه، لأنه لايوجد سبب لثبوتها قبل ذلك، راجع فيها مرآة الأصول، الجزء الثانى، ص ٤٠١، ٤٠٢.

١٤٤ ـ والتفرقة بين العقد المعلق والمضاف هى مذهب الحنفية والمالكية، أما مذهب الشافعى وأصحابه فلايفرقـون بين العقد المعلق والعقد المضاف؛ إذ كلاهما ينعقد سببًا فى الحال، ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل فى كليهما عند الشافعى، لأنه موجود بمجرد وجود الصيغـة، والتعليق أثره فقط فى تأخير الأحكام، وظهور الآثار واستقرار الالتزام [1]، وقد استدل الشافعى لرأيه هذا بأمرين :

(أحدهما) أن الصيغة التى فيها تعليق على شرط كقول الكفيل إن ثبت دين محـمد على إبراهيم فـأنا كفيل به، الموجب للـعقد فـيها هو الجـزاء أى الجواب، فالموجب لعقد الكفالة فى مثالنا عبارة : «أنا كفيل به» فهذه العبارة هى المنشئة لعقد الكفالة؛ إذا لو صدرت من غير تعليق لأنشـأت الكفالة فى الحال، ووجود الشرط بجوارها لايزيل كونها سببًا، ولكنه يؤخر الحكم والأثر فقط؛ لأننا لو قلنا إنه يزيل كونها سببًا ما انعقدت كـفالة بعد ذلك؛ إذ لو انعقدت لكانت بغير سبب يؤثر فى إنشائهـا ووجودها؛ فقد أزال التـعليق السببـية مما يصلح لها من الصيـغة، وذلك باطل، إذ من المتفق عليه أنها سبب بيـقين عند وجود الشرط المعلق عليه؛ وإن قلنا إن الشرط لايزيل السببية ولايؤخـر الأحكام كان التعليق على الشرط لغوًا، وذلك باطل، لأن للتعلـيق قصدًا قـصده المتكلم المنشئ للالتـزام بذلك القول، وإذا بطل كون الشرط يزيل السببية وبطل كونه لا أثر له فلم يبق إلا أنه لايزيل السببية ولكن يؤخر الالتزام، وعلى ذلك يكون العقد المعلق منعقدًا فى الحال، وحكمه يتأخر إلى وقت وجود الشرط.

---

(١) وقد انبنى على هذا الخلاف فى العقد المعلق بين الشافعية والحنفية خلاف فى المسائل منها أن تعليق الطلاق على الزواج يصح عند أبى حنيفـة ولايصح عند الشافعى، لأن الطلاق المعلق يوجد فـى الحال، ولكن يؤخره أثره إلى المستقبل، وإذا كان يوجد فى الحال فلابد أن تكون المرأة صالحة له فى الحال بأن تكون زوجة بالفعل، والحنفية الذين قالوا إن الـعقد المعلق لايوجد إلا عند وجود الشرط قالوا إن التـعليق يصح، لأن شرط المحلية يكون عند الانعقـاد وهو وجود الشرط، ومنهـا أنه يجوز الالتزام الذى أوجـده العقد المعلق قـبل وجوده عند الشافعى، ولايجوز عند أبى حنيفة وأصـحابه، فإذا قال شخص:لله على نذر أن أتصدق بكذا إن نجح ابنى فى امتحـانه، يصح أن يتصدق قبل الامتـحان، ويجزئ عن الواجب بعد النجاح، عند الشـافعى، ولايجزئ عند الحنفية.

(ثانيهما) أن العقد المتعلق إذا صدر من صحيح سليم القوى ثم جن قبل حصول الشرط، وحصل الشرط بعد ذلك وقع الالتزام المعلق، ووجد، فإذا قال صحيح سليم القوى لزوجته أنت طالق إن زرت فلانة، ثم جن، فزارتها بعد جنونه وقع الطلاق، وهذا دليل على أن المعلق ينعقد سببًا بمجرد وجوده، إذ لو كان انعقاده متأخرًا إلى وجود الشرط ما انعقد فى هذه الصورة، لأن العاقد ليس أهلا للانعقاد فى وقته؛ إذ المجنون ليس أهلا لأن يصدر عنه العقد وقت جنونه.

وقد استدل للحنفية بأمرين أيضًا [(١)] :

(أحدهما) أن الجواب ليس هو وحده السبب فى وجود الأحكام إذا اتصل بالشرط فى الجملة المفيدة للتعليق، بل يصير جزءًا من هذه الجملة لايفيد وحده الفائدة، وإنما يفيدها التركيب كله، فإذا قال شخص إن ثبت الدين كنت الكفيل بأدائه لا تكون «عبارة كنت الكفيل بأدائه» هى السبب فى وجود الكفالة وأحكامها وحدها؛ لأنها فى هذه الحالة صارت جزءًا من تركيب، والتركيب كله هو الذى ينعقد سببًا مقصودًا مؤديًا للمعنى المفهوم من مجموعه لا من أجزائه، هكذا تقول اللغة وعلماؤها، وهكذا يقصد المتكلمون، فقصر الدلالة على أحد جزأى الكلام ليس مما يتفق مع مقاصد المتكلمين، ولا مع ما يقرره اللغويون، وإذن يجب فهم الكلام على أساس أن الجملة الشرطية كل أجزائها متساوية فى الدلالة على مضمونها، مقدمها وتاليها فى ذلك سواء، والجملة الشرطية فى مجموعها تفيد وجود الجزاء عند وجود الشرط، فتفيد إذن وجود العقد عند وجود الأمر المعلق عليه، فقبل وجود ذلك الأمر لم يوجد عقد.

(ثانيهما) أنه لايمكن أن يقال إن العقد وجد وتأخرت أحكامه؛ لأن تأخير الأحكام معناه تأجيلها إلى زمن تتحقق فيه وتثبت. والحال عند التعليق ليست كذلك، إذ الحال عند التعليق أن الأمر الذى علق العقد عليه قد يوجد، وربما لايوجد، ففى حال وجوده لامانع من أن نقول إن العقد وجد قبل ذلك، ولكن تأخرت أحكامه إلى حين وجود الشرط. ولكن فى حال عدم وجوده، بل التأكد

---

(١) اعتمدنا فى هذه الأدلة وأدلة الشافعى على كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الثانى ص ٥٩٢ وما يليها، وقد تصرفنا فى توجيهها.



من عدم وجوده أيستمر العقد موجودًا وحكمه متأخرًا ؟ وإلى أى زمن مع أنه من المؤكد أنه لايحصل الأمر المعلق عليه ؟ ففى مثال الكفالة السابق إن لم يثبت الدين أيستمر عقد الكفالة موجودًا وحكمها متأخرًا إلى غير زمن، وإلى غير غاية ؟ وإن قلنا إن العقد قد بطل فما الذى أبطله، وما الذى سلبه معنى السببية التى تثبت له؟، لا مخلص من هذا إلا أن نقول إن عدم تحقق الشرط أزال وجود العقد. وما علمنا فى قضايا العقل وبداهة الفكر أن عدم شىء يزيل شيئًا موجودًا محققًا ثابتًا، إلا إذا كان ذلك الموجود قد ارتبط وجوده وعدمه بوجود ذلك الشىء المعدوم، وذلك يؤدى حتمًا إلى أن نقول إن وجود الشرط هو السبب فى وجود العقد، وذلك ما لايقوله الشافعى وأصحابه، لأنهم يفرضون العقد موجودًا قبل وجود الشىء المعلق عليه.

١٤٥ ـ وليس كل العقود يجوز انعقادها بهذه الصيغ المختلفة، بل بعضها يصح انعقاده بكل هذه الصيغ، وبعضها لاينعقد إلا بصيغة خاصة منها، ولنذكر فى كل صيغة ما ينعقد بها من العقود، وما لاينعقد، وأساس الجواز والمنع فيها.

أما صيغة التنجيز، فهى أهم صيغ العقد شمولا، لأن الأصل أن من يريد التعاقد يقصد إلى وجود العقد وأحكامه فى الحال، ولايعمد إلى تأخير أحدهما إلى غاية قد تتفق مع مقتضى العقد الذى هو بصدد إنشائه، وربما لا تتفق، لذلك كانت العقود كلها تصح منجزة، ما عدا عقدين؛ لأنهما فى معناهما ومقتضاهما لايكونان منجزين، وهما عقد الوصية وعقد الإيصاء [1]، فمعنى هذين العقدين لايتفق مع التنجيز، فإن أحكامهما لايمكن أن تكون إلا من بعد الوفاة؛ ولذلك لايقبلان التنجيز أصلا، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزًا من غير استثناء.

١٤٦ ـ أما الإضافة، فالعقود تنقسم بالنسبة لانعقادها معها وعدم انعقادها إلى ثلاثة أقسام :

---

(١) الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والإيصاء إقامة الأب وصيًا على أولاده من بعد وفاته، أو إقامة الجد وصيًا على أحفاده من بعد وفاته.



(أ) عقود لاتكون إلا مضافة، وهى عقود الوصية والإيصاء، فإن هذه العقود لاتكون إلا مضافة إلى ما بعد الموت، ولا يمكن أن تكون أحكامها بحال من الأحوال متصلة بإنشائها، وقد بينا ذلك، غير أنها أحيانًا تكون مع الإضافة معلقة على شرط وقد تكون غير معلقة، ومثالها معلقة الشرط أن يقول شخص إن حكم لى بملكية هذه الدار فهى وصية بعد موتى لفلان، ففى هذه الحال، تكون الوصية معلقة على شرط، وإذا تحقق الشرط، ووجد العقد بمقتضى ذلك التحقق وتؤخر الأحكام إلى ما بعد الموت، وتكون مضافة إليه.

(ب) عقود لاتنعقد بصيغة مضافة، وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال، وعقد الزواج، وذلك لأن هذه العقود يمكن أن تكون آثارها وأحكامها متصلة بصيغتها؛ وما أمكن ذلك فلابد أن تكون الصيغة مقيدة له لأن تأخير الأحكام عن صيغتها إهمال لهذه الصيغة، وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان، وذلك لايجوز، فمادام يمكن أن يتصل الحكم بالعقد وجب أن يتصل به، ولأن هذه العقود وضعت شرعًا لإفادة التمليك أو ما يشبهه فى الحال، فإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك فى الحال كانت غير محققة لهذا المقتضى فلاتدل على العقد، فلاينعقد العقد بها.

(جـ) عقود يصح أن تكون منجزة، ويصح أن تكون مضافة إلى المستقبل، وهى عقود التمليكات التى لايمكن تحقيق مقتضاها متصلة بصيغتها كالإجارة، والإعارة، والمزارعة والمساقاة، فإنها لتمليك المنافع، والمنافع لاتملك دفعة واحدة، بل تتحقق ساعة فساعة، فلاتوجد إذن المنفعة المعقود عليها كلها متصلة بالعقد، وإذا كان مقتضى هذه العقود كذلك، وأنه لايمكن اتصاله بصيغة إنشائها صحت مضافة إلى المستقبل، ومن هذا القسم الذى يصح منجزًا ومضافًا إلى المستقبل عقود الإسقاطات كالعتق والخلع، والطلاق بشكل عام، والإطلاقات [1] كالوكالة والقضاء، والإدارة والإذن فى التجارة، وعقود الالتزامات بما لم يكن لازمًا كالكفالة والحوالة، فإنهما يفيدان التزاما فى معنى التبرع لم يكن لازمًا، وصحت إضافة هذه العقود جميعها؛ لأن مقتضاها لايوجد عقب إنشائها كاملا.

---

(١) معنى الإطلاق التمكين من تصرف ما كان للشخص، وهذه العقود هى الإمارة والوكالة والقضاء، وكلها تمكين من تصرف كان ممنوعًا.

١٤٧ ـ هذه هى أقسام العقود بالنسبة لانعقادها مضافة إلى المستقبل وعدم انعقادها، والعقود بالنسبة للتعليق تنقسم إلى ثلاثة :

(أ) عقود لاتقبل التعليق مطلقًا، وهى تشمل كل العقود التى تفيد التمليك سواء أكانت عقود معاوضة أم عقود تبرع، وسواء أكانت لتمليك المنفعة أم لتمليك الرقبة كما يشمل عقود الزواج والخلع والرهن[١].

وقد علل الفقهاء الحنفية عدم قبول هذه العقود للتعليق بأن التعليق قمار؛ لأنه ترتيب وجود العقد على أمر غير موجود فى الحال؛ ولكنه محتمل الوجود فى المستقبل، فكان إنشاء العقد المعلق احتماليًّا صرفًا، يحتمل الوجود ويحتمل العدم، وكلاهما متوقف على ما يتكشف عنه المستقبل، فمن قال إن جاء ابنى من السفر سالما، فقد وهبت لك كذا، فقد جعل الهبة قابلة للوجود والعدم على حسب ما يكشف عنه المستقبل، وهو غيب وقت العقد، وليس هذا إلا قمارًا، وما كانت تلك العقود الباتة بشأنها وكونها، والتى تفيد الالتزام بحقوق وإنشاء أملاك، تعقد مع القمار.

وعلل ذلك فقهاء المالكية كما فى الفروق بأن انتقال الأملاك يعتمد على الرضا بالعقد والتزاماته، ومع التعليق على أمر غير موجود فى الحال لايتحقق الرضا بالعقد، وآثاره، وأحكامه، ألا ترى أنه ترك الأمر إلى المستقبل وما يكنه له، فلم يثبت بذلك رضا بأمر مستقر ثابت، وما بهذا تنتقل الأملاك، وتثبت الحقوق[٢].

(١) ومما لايصح تعليقه أيضًا التقييدات، وهى مقابل الإطلاقات، كعزل الوكيل، والحجر على المأذون له فى التجارة، وقد نص الفقهاء أيضًا على أنه مما لايجوز تعليقه الإبراء، مع أنه فى ظاهره إسقاط، ولكن عللوا عدم تعليقه بأنه تمليك للدين لمن عليه الدين فى المعنى فهو داخل فى قسم ما يفيد التمليك من العقود.

(٢) وهذا نص ما جاء فى الفرق : «لايصح التعليق على الشرط بأن يقول إن قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك، بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولاجزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يكون بحيث يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع، ولكن الاعتبار فى ذلك بجنس الشرط، دون أنواعه، وأفراده، فلوحظ المعنى دون خصوصية الأنواع والأفراد» ا هـ. بتصرف قليل.

راجع الجزء الأول من الفروق ص ٢٢٩. ويلاحظ أن مذهب مالك رضى الله عنه يجيز التعليق فى التبرعات: راجع (مقالة الشروط والعقود، لأستاذنا أحمد إبراهيم بك) وترى أن تعليل الفروق المذكور يقتضى العموم فى كل أسباب انتقال الملك بالعقد.



(ب) عقـود لاتقبل التعلـيق بكل الشروط، ولكنها تقبلهـا بالشرط المتعارف والشرط الملائم، وهى عقود الكفالة والحـوالة والإطلاقات كالإذن لصبى بالتجارة؛ فهذه العقود تنعـقد مع التعليق إن كان الشرط المعلق عليه متعـارفًا، أو كان ملائمًا لمقتضى العقـد، بأن كان يعاون ذلك المقتضى، ويوثقه أو بينه وبيـنه ملابسة تجعله غير متنافر مـعه. وقد فسر بعـض الفقهـاء الشرط الملائم الذى يصح التعليق عليه بأنه :

(١) ما كـان شرطًا للزوم الحـق، نحو قوله إن اسـتحق المبـيع فأنا الكـفيل بالثمن.

(٢) أو كان شرطًا لإمكان الاستيفـاء مثل إن قدم زيد ولم يؤد فعلى ما عليه من الدين.

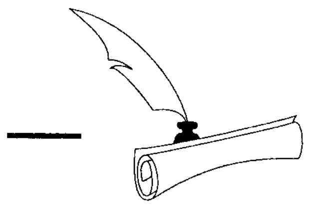
(٣) أو شرطًا لتعسر أو لتعذر الاسـتيفاء من الأصيل فى الكفالة أو الحوالة، كإن غـاب زيد المدين عن المصر، أو أفلس، أو أعـجز عن أداء الدين، فـأنا الكفيل بالدين،أو فـالدين على. فـفى هذه الصور الثـلاث يكون ملائمًا لمقتضى العـقد، مناسبًا لمعناه، متفقًا أو مـعاونًا للغرض المقصود منه. أما تعليق هذه الـعقود بالشروط غـير الملائمة وغـير المتعارفـة فلا يصح، كإن نجح ابنى فى الامـتحان فأنـا كفيل بأداء الدين، فلا ينعـقد عقد الكفالة، لأنه لا صلة بين الشرط المعلق عليه ومقتضى العقد.

والتعليل واضح فى عدم جواز تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة، لأن الأصل فى العقود على العـموم أن تكون بعبارات جازمة لاتردد فيـها، لأنها تقوم على الرضا، والرضا لايكون إلا مـع الجزم واليقين، ولأن التعليق جـعل العبارات غير منشئـة للعقود فى الحال، وقد بينا ذلك عند الكلام على الألفـاظ فى العقود، ولكن الشرط المـلائم فى هذه العقود لما كـان يتفق مع مـقتضى العـقد، ويناسـبه ويتلاقى معه جاز على طريق الاستثناء.

(جـ) عقـود يصح تعليقهـا بكل شرط، سواء أكـان ملائمًا لمعناها أم غـير ملائم، وسواء أكان متعارفًا أم غير متعارف، وذلك يشمل عقد الوصية والإيصاء،

وعقد الـوكالة، فإن هذه العقـود يصح تعليقها بكل شـرط، وفى كل الأحوال من غير قيد ولاشـرط، أما الوكالة فلأنها عقد غير لازم، والعـقد غير اللازم لايجعل لكل واحد من العاقدين قبل الآخر حقوقًا لازمة مستقرة، فساغ لهذا عقده بعبارات غيـر جازمة قـاطعة كالعـبارة المعلقة بالشـرط. والوصية والإيصـاء عقدان تتـأخر أحكامهـما عن صـيغتـهما حـتمًا، ولايمكن إلا أن تكون الأحـكام متراخـية عن صيغتهما، وهما أيضًا عقدان غير لازمين، لذلك صحَّا مع الصيغة المعلقة. لأنه لا يتأخر مقتضاهما الشرعى بذلك التعليق [1].

(١) يعد الفـقهـاء من التصـرفات الشرعـية التى تقـبل التعليق الأسـقاط التى يحلف بهـا كالطلاق والعـتاق والالتزامات التى يحلف بهـا وهى النذور نحو لله على إن شفى ابنى من مرضه هذا لأتصـدقن بكذا وكذا فإن هذين النوعين من التصرفات الشرعية يجوز تعليقهما بكل شرط دون تقييد كونه ملائمًا أو غير ملائم.
(تنبيه) اعـتمدنا فى باب التعليق والإضـافة على كشف الأسرار على أصول فـخر الإسلام ص ٥٩٧ ـ ٦٠٦. ومرآة الأصول، والبـحر الجزء السادس فى مـتفرقات البيع، والـزيلعى الجزء الرابع فى متفـرقات البيع، وابن عابدين الجزء الرابع، وجامع الفصولين الجزء الثانى وكتاب المعاملات، والشروط والعقود لأستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم بك.



محل العقد

١٤٨ ـ تكلمنا فيما مضى فى إنشاء العقد، ومكوناته الحسية، وما وضعه الشارع لها من خواص لكى تنتج آثارها، وتثمر ثمراتها، فتكلمنا فى الرضا، وما يطلبه الفقه الإسلامى فيه، وتكلمنا فى العبارات الدالة على العقود ودلالتها على ما تكنه النفس، ثم على حرية المتعاقدين فيما يتعلق بما يريدانه من عقود وشروط، وبسطنا القول فى ذلك بمقدار ما يتسع له المقام، وبمقدار ما واتتنا ملابسات الموضوع، والآن ننتقل إلى المعقود عليه، وهو لب العقد، إذ هو المشبع لحاجات المتعاقدين، وهو الغاية من العقد، ومقصده البين :

قد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقتين يجب توافرهما فى المعقود عليه. فإن لم تتوافرا لم يوجد العقد، ولم يتكون. **(إحداهما)** أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه. **(وثانيهما)** أن يكون خاليًا من كل غرر يؤدى إلى تنازع، ويقضى إلى خلاف، أو يفضى إلى خدع أحد العاقدين، بحيث لايكون عليمًا بالمعقود عليه على وجهه الصحيح. وقد اتفق الفقهاء على هذين الأصلين، ولكنهم اختلفوا فى تفصيلهما، وانشعبت آراؤهم فى مدى ما يدخل فى عمومهما من جزئيات. ولنتكلم على الأصلين من غير أن نمس مواضع الخلاف إلا قليلا، فإن للتفصيل موضعه فى كل عقد؛ ونحن هنا نتكلم على القواعد العامة من غير أن نهيم فى التفصيلات.

فأما الأصل الأول، وهو أن يكون المعقود عليه صالحًا لحكم العقد، فمعناه أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه، ويصلح لاستيفائه منه، وعلى ذلك لاينعقد بيع المسجد؛ لأن البيع يقتضى نقل الملكية من مالك إلى مالك، فينقل المبيع من ملك البائع إلى المشترى، والمسجد لم يكن أولا فى ملك

البائع، إذ هو على حكم ملك الله سبحانه وتعالى، وثانيًا هو مرصود على حال تشبه حال ما يرصد للمنافع العامة أو هو من هذا النوع من الأموال، فلايقبل التمليك مادام على هذه الصفة، وهى صفة لازمة لاتتفصى عنه عند الأكثرين من الفقهاء، كما لاينعقد البيع إذا كان المبيع مالا غير متقوم، وكان أحد العاقدين مسلمًا لعدم قبول المال غير المتقوم لحكم البيع إن تعين مبيعًا فيه، وكان البائع أو المشترى مسلمًا، لأنه إذا كان البائع هو المسلم فملكيته للمال غير المتقوم غير محترمة، ولايقرها الشارع، فلاتنتقل منه إلى غيره، وإذا كان المشترى هو المسلم فلايدخل فى ملكيته ذلك النوع من الأموال، وفى الحالين لايقبل ذلك النوع من المال حكم العقد بين المسلمين أو إذا كان أحدهما مسلمًا، لعدم صلاحيته حينئذ لانتقاله من مالك إلى مالك، وعدم احترام الشارع لملكيته.

ومثل ذلك عقد الإجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها لايبيحها الشارع فلا تنعقد الإجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها نواح نائحة مثلا، لأن ذلك النوع من المنافع لم يبحه الشارع الإسلامى، فلاينعقد العقد عليها، لأنها غير قابلة لحكم عقد الإجارة، إذ هو لاستيفاء المنافع التى هى موضوعة، فإذا كانت محرمة، لايمكن استيفاؤها، لاتكون قابلة لحكمه، فلايصح انعقاده عليها.

ومن هذا الأصل عدم انعقاد الكفالة إذا كان الدين غير قوى، بأن كان يسقط بالأداء والإبراء وغيرهما، وذلك لأن مقتضى عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بالأداء. ولاتسقط المطالبة عنه إلا إذا أدى أو أبرأه الدائن أو أدى الأصيل أو أبرئ من الدين، فإذا كان الدين يسقط بغير الأداء أو الإبراء كمضى مدة معينة أو النشوز أو الطلاق لم يكن قابلا لحكم الكفالة؛ وهو مطالبة الكفيل حتى يؤدى أو تبرأ ذمته، إذ فى هذه الحال يجوز ألا يطالب، مع أن أحدًا لم يؤد ولم يبرئ الدائن ذمة أحد.

ومما ينطبق عليه هذا الأصل عدم صحة النكاح إذا كانت المرأة زوجة لشخص أو معتدة أولم تنقض عدتها؛ لأنه فى هذه الحالة لايمكن تحقيق مقتضى هذا العقد، إذ موضوع هذا العقد إيجاد حياة بين الرجل والمرأة تقوم على العشرة

الحسنة، والمودَّة وسكن النفس، وتناسل الذرية وتعهدها بالرعاية لتنبت نباتًا حسنًا، وذلك كله يقتضى الفراغ من الأزواج فإذا كانت المرأة لاتزال مشغولة بزيجة سابقة أو تكون هناك زوجية قائمة فلا يكون محل العقد قابلا لحكم العقد : لأن مقتضى هذا العقد إباحة تلك الحياة، فإذا كانت مشغولة بأمر الشارع، فلا يتحقق الإباحة، حتى تخلو من الأزواج.

١٤٩ ـ وقد فرض أكثر الفقهاء أن المعدوم لايصلح أن يكون محلا للعقد، لأنه لايقبل أحكام أى عقد؛ لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع فى محل موجود، إذ المعدوم لايقبل أوصافًا ذاتية وجودية، فالملكية سواء أكانت ملكية عين أم ملكية منفعة معنى من المعانى يقتضى شيئًا موجودًا مستقرًا ثابتًا يقوم به، وعلى هذا الأساس المنطقى بنى أبو حنيفة وبعض من الفقهاء الحكم بعدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلا للعقد، سواء أكان معدومًا ليس قريب الوجود، أم كان معدومًا قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمال؛ غير أنهم ما حكموا ذلك الحكم معتمدين على هذا الفرض حتى وجدوا عقودًا كثيرة قد وردت الآثار من الشارع بصحتها مع أن محلها فى ذاته معدوم وقت العقد، وجدوا الشارع قد أقر عقد الإجارة مع أن المنفعة وهى محل العقد غير موجودة وقت العقد، وأقر عقد السلم مع أن محل العقد، وهو المبيع غير موجود وقت العقد، والاستصناع مع أن المصنوع، وهو محل العقد،غير موجود وقت العقد، وهكذا كثير من العقود، فحكموا بأن هذه العقود غير قياسية، ولكنها عقود استحسانية أو على حد تعبير القانونيين عقود استثنائية، ولكن ذلك القول لايستقيم؛ لأن الاستثناء لايكون بهذا القدر من العدد، والاستحسان لايكون على هذا النحو، بل الأولى تعديل الفرض، والنظر فى هذا الحكم، وهو أن المعدوم لايصلح محل عقد ـ نظرة فاحصة كاشفة، وتخصيص عمومه ليتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع [1].

وقد كان مذهب مالك أقل تمسكًا بشرطية وجود المعقود عليه؛ لينعقد العقد فأجاز العقد على معدوم سيوجد إذا كان العقد عقد تبرع كالوقف والهبة، ولم

---

(١) إننا لو خصصنا قضية عدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلا للعقد بعقود التمليك التى تقتضى القبض فى المجلس كعقد الصرف وكذا عقد الهبة لكانت القاعدة مستقيمة لااستثناء فيها عند أبى حنيفة وأصحابه.

يجز العقد إلا على موجود فى عقود المعاوضات، ولو كان سيوجد لأن ذلك يؤدى إلى الغـرر والقـمار فى عـقـود المعـاوضات، بينـما لايؤدى إلى ذلك فـى عقـد التبـرعات؛ لأن المتبـرع غير ملزم فيـها، وما عليـه من سبيل، فـيقبل منه التـبرع بالموجود والمعدوم الذى سيوجد، ويكون هذا وذاك منه سائغين (٢).

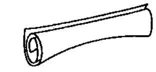
١٥٠ ـ ويرى ابن تيمية أن المعدوم من حيث هو معدوم يصلح محلا للعقود كلها، وإذا عرض له عـدم الصلاحية، فليس ذلك لأنه معدوم، بل لأن فـيه غرراً وجهالة تفضى إلى نزاع أو قمار، ولذا يقول : «إن المعدوم فى ذاته يصح أن يكون محلا للبيع مع اتفاق مالك وأبى حنيفة على عدم صلاحيته فى الجملة. وهو يقول فى ذلك : ليس فى كتاب الله، ولاسنة رسـوله، بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لايـجوز، لابلفظ عام، ولابمعنـى عام، وإنما فيـه النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كمـا فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى موجودة، وليسـت العلة فى المنع الوجود ولا العـدم، بل الذى ثبت فى الصحـيح عن النبى ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر مالا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجوداً أو معدوماً كالعبد الآبق والبـعير الشارد، ونحو ذلك مما لايقدر على تـسليمه، بل قد يحصل وربما لايحصل، وهو غـرر لايجوز بيعه، وإن كان موجـوداً، فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشترى إنمـا يشتريه مخاطرة ومقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشـترى قد قمر البـائع، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قـد قمر المشـترى، وهكذا المعـدوم الذى هو غـرر، نهى عن بيـعـه لكونه غـرراً لالكونه معدوماً، كمـا إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البسـتان، فقد يحمل وربما لايحمل، وإذا حـمل فالمحمول لايعرف قـدره ولا وصفه، فهـذا من القمار وهو من الميسر الذى نهى الله عنه، ومثل هذا إكـراء دواب لايقدر على تسليمها أو عقار لايمكنه تسليمه، بل قد يحصل وربما لايحصل» (٢).

وترى من هذا أن ابن تيمية يرى أن المعدوم يصـلح محلا للعقد. بل يصلح محلا لكل عقـد حتى عقد البيع، ويرى أنه إذا كانـت قد وردت الآثار بعدم جواز

---

(١) راجع رسالة الشروط والعقود، لأستاذنا الكبير الشيخ أحمد إبراهيم بك.

(٢) راجع القياس فى الشرع الإسلامى، ص ٤٠.



بيع أنواع من المعدوم فليست العلة فى ذلك كونه معـدومًا، بل العلة كونه فيه غرر وجهالـة تؤدى إلى قمار، فالمعـدوم الذى لايصلح محلا لبعض العـقود داخل فى باب الغرر الذى لاتصح معه العقود.

١٥١ ـ ولننتقل إلى الأصل الثـانى الذى يمنع وجوده صلاحـية الشىء لأن يكون محلا للعـقـد، وهو الغرر، ومعناه أن يكون فى المعقود عليه جـهالة بحيث يصعب تعيينه، أو يكون المعقود عليه مترددًا بين حالين يتحقق فى إحداهما تعيينه، وفى الأخرى لايتحقق، فيكون غير معـين كالعقد على الجمل الشارد فى صحراء ـ عقـد بيع، فإنه يمكن العـثور عليه فـيتحـقق وجوده، ويحتـمل ألا يعثـر عليه، فلايتحقق وجوده،فيكون ثمة غرر، فالغرر يرجع إلى الجهالة إما جهالة المعقود عليه وأوصافه، أو جهالة حاله من الوجود أو العدم.

فإذا كان فى المعقود عليـه غرر من أى نوع كانت الجهالة لم يصلح أن يكون موضوع عقـد، وذلك أصل متفق عليه لتضـافر الآثار بالنهى عن الغرر، وعن بيع وغرر، ولأن الجـهالة فى المعـقود عليه تـفضى إلى نزاع بحيث لايـمكن الاتفاق، ولأن المعقود إذا احتمل حالين، ولم يستيقن بإحداهما عند العقد، كان ذلك قمارًا وميسرًا، فمن باع جملا شاردًا كان مقامرًا، لأنه إما أن يخسر إن عثر المشترى على الجـمل، إذ قد باعـه بأقل من ثمنه مـوجودًا فى يده وقـت العقـد، وإن لم يعثـر المشترى عليه كسب، لأنه أخذ مالا فى نـظير شىء ثبت أنه غير موجود، وكذلك الحال بالنسبة للمشترى.

والجهالات فى المعقود عليه قسمان : جهالة فاحشة لاتغتفر، ولا يصح معها العقد، وجهالة يسيرة ينعقد معهـا العقد، فجهالة النوع كأن يقول بعتك حيوانًا من غير أن يبين نوعه أهو من الجمال أم الشاه ـ جهالة فاحشة لاينعقد معها العقد، أما جهالة الوصف من نحو جيد أو ردىء كأن يبيع قمحًا يبين نوعه ولـم يبين وصفه، فهذه جهالة يسيرة ينعقد معها العقد.

وفى كون الجهـالة يسيرة أو فاحـشة يجرى تنازع الفـقهاء، فمثـلا إذا تبايع شخصان وكان محل البيع واحدًا من ثلاثة أشـياء يختاره المشترى من بينها على أن

يكون ذلك فى مدة معلومة، فبعض الفقهاء اعتبر ذلك جهالة فاحشة فى المعقود عليه، فلم ينعقد العقد فى نظره، وبعضهم اعتبر هذه الجهالة يسيرة فجاز العقد ووجب على المشترى أن يختار أحد هذه الأشياء الثلاثة [1].

١٥٢ ـ ولم يكن اختلاف الفقهاء فقط فى نوع الجهالة أهى فاحشة أم يسيرة، بل اتسع أفق الخلاف إلى أكثر من ذلك، فقال أبو حنيفة والشافعى: إن كل العقود لاتصح مع جهالة المعقود عليه جهالة فاحشة. أما مالك فقد قال: إن بعض العقود تصح مع جهالة المعقود عليه جهالة فاحشة، وبعضها لايصح، وقسم العقود إلى ثلاثة أقسام:

(١) القسم الأول: المعاوضات الصرفة التى من شأنها أن يقصد بها تنمية المال كالبيع، والشراء، والإجارة، والسلم، وغير ذلك من عقود المعاوضات، والجهالة الفاحشة فى المعقود عليه فيها تبطل العقد، وذلك لأن هذه العقود تجرى فيها المماكسات، فلابد من تعيين المعقود عليه تعيينا ينتفى معه كل نزاع، أو ما يؤدى إليه، ولأنه إذا لم يكن المعقود عليه محقق الوجود معلومًا بالخواص المعرفة له كان أحد العاقدين قد بذل مالا، بقصد أن ينال عوضًا، ومع ذلك لم يعرف العوض، ولم يستوثق من حاله، فلم يكن ذلك عدلا ومساواة بل يكون ميسرًا وقمارًا.

(٢) القسم الثانى: عقود هى إحسان صرف، لايقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة، والإبراء، وهى تصح بالمعلوم والمجهول، والمحقق الوجود وغير المحقق، وذلك لأن الشارع حث على الإحسان فتوسع فيه بكل الطرق معلومها ومجهولها تيسيرًا للمحسنين، وتكثيرًا للإحسان، ولأنه لاضرر يقع على العاقد الآخر؛ لأنه لم يبذل شيئًا، فمن يوهب له جمل شارد إن عثر عليه فقد نال خيرًا كثيرًا، وإن لم يعثر عليه لم يحصل له ضرر، لأنه لم يبذل قليلا ولا كثيرًا، ولاشىء فى ذلك يؤدى إلى المشاحة والخلاف، لأنه ما على المحسنين من سبيل، ويقول صاحب الفروق فى ذلك: «وهذا فقه جميل، ثم إن الأحاديث لم يرد فيها

---

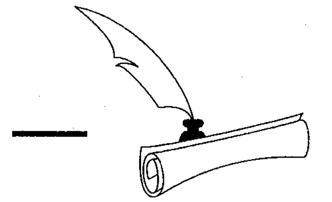
(١) راجع تهذيب الفروق، الجزء الأول، ص ١٧٠.

ما يعم هذه الأقسام، حتى نقول : «يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنما وردت فى البيع ونحوه»، فتقصر عليه وعلى ما يشبهه وهو عقود المعاوضات».

(٣) القسم الثالث : تصرفات لم يكن المال فيها جاريًا مجرى المعاوضات الصرفة ولا مجرى البذل الصرف، كالمهر فى النكاح، فالمال فيه ليس مقصودًا، وإنما المقصود منه المودة والألفة والسكون، ومن هذه الجهة يكون المال كالبذل، فتصبح التسمية مع الجهالة، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط المال بقوله تعالى: ﴿**أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين**﴾. [النساء : آية ٢٤]، يكون كالعوض، فيقتضى هذا عدم صحة التسمية مع الجهالة والغرر، فلوجود الشبهين توسط مالك رضى الله عنه وجوز بعض الغرر كتسمية حيوان وبيان جنسه من غير بيان وصفه، ويحمل على الوسط،ولم يجز الغرر الذى لاضابط له [(١)]، ولاوسط، له يمكن الاعتماد عليه مثل البعير الشارد والعبد الآبق، لأنه لاضابط يمكن الاعتماد عليه، وبه يزول الغرر.

---

(١) الفروق للقرافى، الجزء الأول، ص ١٥٠، ١٥١، وتهذيب الفروق للشيخ محمد على الجزء الأول، ص ١٧٠، ١٧١.



١٥٣ ـ كلام العـاقدين هو ركن العـقد المكون له، فـهما المنشـئان للعـقد، والشارع يرتب عليـه الآثار، على حد مـا بينا فيمـا مضى، ومن الناس من يعتـبر كلامه لغواً فى العقود، فلاتــنعقد به، ومن الناس من يكون لكلامه أثر محدود فى تكوين بعض العقود، وهــو مقيد بإرادة غيره، ومن النـاس من يكون كلامه مطلق الأثر فى تكوين العقد، لاتقـيده إرادة غيره، ولاتتعلق عقود عليـها. وإن اختلاف أحوال الناس ذلك الاخـتلاف يقوم على توافـرعنصرين، وعدم توافرهمـا، وهما الأهلية، والولاية، ولنتكلم عن كل واحد منهما بكلمـة تجلى معناه وتبين أقسامه، وتوضح أحكامه مع الإيجاز.

الأهلـــية

١٥٤ ـ الأهلية مـعناها فى الشريعة صـلاحية الشـخص للإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشخـص صالحًا لأن تلزمه حـقوق لغيـره، وتثبت له حقـوق قبل غيره، وصـالحًا لأن يلتزم بهذه الحقـوق، فإذا صار الشخص أهلا لثبـوت الحقوق المشروعة له، وثبوت الحقوق المشروعة عليه، وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية ويوجـدها، كانت عنده الأهلية بجزأيها، أو كان عنده مـا يسمى فى عرف الفقه أهلية الأداء.

وإذا كان أهلا لأن تثبت الحقوق المشروعـة له وعليه فقط، من غير أن يكون أهلا لأن ينشئ حقوقًـا ويلتزمها، وبعـبارة أخرى من غير أن يكون أهــلا للمعاملة بين الناس، كان عنده جزء من الأهلية، ويسمى ذلك الجزء أهلية الوجوب. فأهلية الوجوب إذن هى صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة، وأهلية الأداء تتضمن فوق ما تقدم صلاحية الشخص للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له

والتصرف فيها، فلاشك أن أهلية الأداء لاتثبت من غير أهلية الوجوب، إذ هى من لوازمها، فلايكون الشخص صالحًا للمعاملة وإنشاء أسباب الالتزامات، وأسباب الحقوق، إلا إذا كانت قد ثبتت له الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة له أو عليه، فأهلية الأداء يدخل فى ضمنها بطريق التضمن أهلية الوجوب، فلاتثبت أهلية الأداء لشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء (١).

١٥٥ ـ وعلة أهلية الوجوب التى تتحقق بوجودها وتنتفى بعدمها، هى وجود الإنسان، فالإنسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة أو ناقصة سواء أكان بالغًا أم صبيًّا، وسواء أكان رشيدًا أم غير رشيد، وسواء أكان ذكرًا أم أنثى، وسواء أكان حرًّا أم عبدًا (٢). وإن تلك الأهلية تستمر له إلى أن يموت ، ويقول بعض الفقهاء إنها تستمر له إلى أن تؤدى عنه ديونه بعد الوفاة.

ولقد فرض أكثر الفقهاء أمرًا اعتباريًّا سموه الذمة، تتعلق به تلك الأهلية، وتتصل بها الواجبات. ويكون محلا لثبوت الالتزامات، فالذمة أمر تقديرى اعتبارى، فرض موجودًا ليكون محلا للديون وسائر الالتزامات والتكليفات، وبعبارة عامة إن الذمة يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحًا للإلزام والالتزام، وليس ذلك بأمر غريب فى قضايا الشرع والقانون، فكثير من الأمور الشرعية والقانونية

---

(١) على ذلك تكون العلاقة المنطقية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء هى العموم والخصوص المطلق، كالعلاقة بين الحيوان والإنسان، لأن الأفراد الذين تثبت لهم أهلية الوجوب يدخل فى عمومهم من تثبت لهم أهلية الأداء، فكل من عنده أهلية أداء عنده أهلية وجوب، ولا عكس، فأهلية الوجوب أعم أفرادًا، إذ قد يوجد من عنده أهلية الوجوب، وليس عنده أهلية الأداء، ولايوجد من عنده أهلية الأداء، وليس عنده أهلية الوجوب.

(٢) يلاحظ القارئ لكتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير السنهورى بك (مع دقته) تسامحًا فى التعبير فى الأهلية فى نقطتين (إحداهما) أنه فى النبذة رقم ٣١٧ عرف أهلية الوجوب تعريفًا ناقصًا فذكر أنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، ولم يذكر العنصر الآخر، وهو صلاحيته لأن تكون عليه حقوق، وذلك نقص، ولقد ذكرالأمثلة كلها لأهلية الوجوب من هذا القبيل مع أنه نقل فى النبذة ٣١٨ تعريف أصول الفقه وتعريف فتحى زغلول باشا، وهما يفيدان العموم، وليس فيهما نقص. (الثانية) أنه اعتبر الرق معدمًا لأهلية الوجوب فى القوانين التى اعترفت بالرق، مع أن الشريعة الإسلامية من القوانين التى لم تمنع الرق، والرقيق فيها غير فاقد أهلية الوجوب فله أن يتزوج بإذن سيده ويطلق، وإن جنى اقتص منه، وإن أتلف ضمن، تلزمه الديون وتؤخذ من كسبه إن كان كسوبًا، ويباع فيها إن لم يكن كسوبًا، وهذا كله لايكون إلا إذا كان عنده أهلية وجوب وإن لم تكن كأهلية الحر.

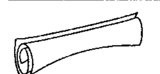
أمور تقديرية فرض الشارع وجودها، فالملك فى الأشياء المملوكة ليس أمرًا محسوسًا وموجودًا حقيقيًّا، ولكنه شيء مفروض مقدر، وكذلك الرق والحرية أمران مقدران، وليسا بصفتين ذاتيتين للأحرار والعبيد، وإنما مؤدى الملك والحرية والرق هو تعلق أحكام مخصوصة تقدر هذه الأمور محلا لها، وكذلك الزوجية بين الزوجين أمر مقدر فرضه الشارع، وتعلقت به أحكام خاصة، وعلى هذا النحو فرض أكثر الفقهاء الذمة، لتكون محلا للحقوق المشروعة التى تجب على الشخص والحقوق التى تجب له؛ وذلك لأن تلك التكليفات لايصلح العقل محلا لها؛ لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون وللصبى فى المهد، بل للحمل المستكن، متى ثبت وجوده بيقين ونزل حيًّا؛ فإنه يوصى له، ويوقف عليه، ويستحق فى الغلات ويرث، وكل هؤلاء لاعقل لهم، فلم يبق إلا أن نفرض أمرًا يناط بالإنسانية نفسها، فكان الذمة؛ وإن قيل يقدر العقد فيهم لوجود الاستعداد وتناط به الحقوق والواجبات رد عليه بأن تقدير العقل موجودًا فيهم لايقل بعدًا عن فرض الذمة وتقديرها.

ويرى بعض العلماء أنه لاحاجة - إلى فرض الذمة وتقديرها، إذ يكفى أن الشارع مكن الدائن من الاستيفاء من المدين، وأمر الشارع وتمكينه هما مناط الإلزام والالتزام[1]. ولقد رد عليه صاحب كشف الأسرار ردًّا عنيفًا، وإنا لنرى أن الأمر فى شأنها أقل من أن يكون موضع خلاف، إذ الخلاف فيه خلاف لاجداء فيه ولاأثر، ولاثمرة له، بل هو خلاف فلسفى يعد من ملح العلم، لامن لبه وصلبه.

١٥٦ - ذكرنا فيما مضى أن الإنسان تثبت له أهلية من وقت وجوده إلى موته، وإن الأهلية بنوعيها خاصة ببنى الإنسان لاتثبت لغيرهم، ولكن نرى جهات خاصة يثبت لها حقوق، ويدخل وليها باسمها فى تصرفات كجهات بيت المال وجهة الأحباس والمدارس، فهل تثبت أهلية الوجوب لهذه الجهات ؟ لاشك أن القانون الحديث يفرض أن لهذه الجهات وما شابهها شخصية معنوية، فالشركات والمؤسسات التى ترصد فيها الأموال للجهات العامة، سواء أكانت بطريقة الوصية

---

(١) راجع الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل أحمد إبراهيم بك.



أم بغير طريقها، لها فى القانون شخصية معنوية يعترف بها ويقرها أكثر القانونيين، وعلى ذلك تكون لها أهلية وجوب باعتبار هذه الشخصية. أما الشريعة الإسلامية، فلم يكن فيها ما يسمى الشخصية المعنوية، ولذلك كان إثبات أهلية وجوب لبيت المال والوقف موضع نظر فى الشريعة، ولانجد عبارة ثابتة فى كلام الفقهاء تفيد أن للوقف ونحوه أهلية وجوب، بل نجد مثلا أن بعض الفقهاء يصرح بأن الوقف لا ذمة له، فيجىء فى تنقيح الحامدية ما نصه: «المصرح به أن الوقف لا ذمة له، وأن الاستدانة من القيم لاتثبت الدين فى الوقف، إذ لا ذمة له، ولايثبت الدين إلا على القيم، ويرجع به على الوقف، وورثته تقوم مقامه فى الرجوع»[1]. وهذا نص يفيد أن المعروف عند الفقهاء أن الوقف لا ذمة له، وإذ لم يكن للوقف ذمة تحل فيها الحقوق والواجبات، وأن المسئول هو القيم عليه، فليس له إذن أهلية وجوب. ويجرى مثل ذلك فى بيت المال ونحوه؛ ولكن من جهة ثانية نرى أن حقوقًا تثبت لهذه الجهات، وتصرفات تعقد معها يتولاها الناظر، وليس لشخصيته أثر فيها، بدليل أنه إذا عزل أتمها من يخلفه فى القيام عليها؛ وهذه التصرفات الشرعية لايمكن تخريجها إلا إذا فرضنا للوقف وما يشبهه ذمة منفصلة عن ذمة الناظر؛ فمثلا من المقرر فقهيًا أن الإجارة تبطل بموت المؤجر أو المستأجر ومع ذلك إذا مات ناظر الوقف، وكان قد أجر أرض الوقف أو دوره لاتبطل الإجارة؛ لأنهم فرضوا أن المؤجر ليس هو الناظر، ولكن المؤجر هو الوقف نفسه، وأن الناظر كالوصى على اليتيم، تولى هو الإجارة بالنيابة عن الوقف، وإذا كان كذلك فلابد من اعتبار أن للوقف ذمة تتبعها أهلية وجوب، لأنا اعتبرناه مؤجرًا من جهة، ولأنا اعتبرناه كالمحجور عليه من جهة ثانية، والمحجور عليه له ذمة، وأهلية وجوب بلانزاع، ونرى غير ذلك أن الفقهاء يقررون أن كل تصرف سائغ شرعى يدخل فيه الوقف، تلزمه كل التزاماته، ولو عزل الناظر الذى تولاه، ومن ذلك مثلا ما جاء فى تنقيح الحامدية: «للمسجد وقف فأذن الناظر لحصرى أن يكسو المسجد، ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف ففعل وعزل الناظر ثم تولى ناظر، وهو إلى الآن ناظر، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئًا، فهل يلزم الناظر الثانى

---

(١) تنقيح الحامدية الجزء الأول، ص ٣٢٢.

تخليص حق الحصرى؛ لأن حقه معلق بريع الوقف، أم يلزم الناظر الأول ؟ الجواب:يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى، ودفعه له من ريع الوقف. ولايلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل» [1].

وهكذا ترى كثيرًا من الحقوق والواجبات تلزم جهة الوقف كما تلزم جهة بيت المال، فتثبت لهما حقوق وعليهما واجبات، ولذا نرى أن أمثل السبل أن نفرض لهما شخصية معنوية كما فرض القانون، وأن نجعل الوقف كالمؤسسات، وأن نقدر لهما أهلية وجوب؛ لأن مناطها متحقق، وهو الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات، ولامانع أن تثبت مع أهلية الوجوب الذمة؛ لأنها أمر تقديرى اعتبارى، ولامانع فى أن تفرض فى جهات البر والخير، كما فرضت فى الإنسان، مادام كلاهما له حقوق وتلزمه التزامات، يدفع إليها ناموس التعامل بين الناس، ونظام التبادل الاجتماعى والاقتصادى.

١٥٧ ـ وأهلية الوجوب تكون ناقصة، وتكون كاملة، فهى كاملة فى كل مولود بمجرد ولادته، وناقصة فى الجنين، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة، ونقصها لسببين :

(أحدهما) أنه يحتمل الحياة والبقاء، فقد يولد ميتًا، فيكون فى حكم العدم، ولايثبت له شىء من الحقوق، وقد يولد حيًا فيكون له حق الإنسان، وقد كان مع هذا الاحتمال فى الوجود لايصلح لأن يكون محلا لإثبات الحقوق مطلقًا، ولكنه لما كان موجودًا فعلا أو حكمًا، وإن لم تتحقق حياته الإنسانية فى ظاهر الوجود تثبت له بعض الحقوق، ولم يكن كالإنسان الحى فى ظاهر الكون.

(ثانيهما) أنه يعتبر وهو فى بطن أمه جزءًا منها، إذ يتحرك بحركتها، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام، فيعتق بعتقها إن كانت أمة، ولكنه جزء على استعداد للانفصال كاملا مستقلا بحياته، فاعتبارًا لهذين الوجهين، كونه جزءًا من أمه وصلاحيته للانفصال عنها، وحياته مستقلا دونها، أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعضها الآخر.

---

(١) الكتاب السابق، ص ٢٢٣.

وعلى ذلك يكون الجنين فى بطن أمه أهليته للوجوب ناقصة، فلا تلزمه حقوق لغيره قط؛ لأن ثبوت الحق على الشخص يكون بفعل منه أو بالتزام يلتزمه هو بعبارته، أو بعبارة من له الولاية عليه، ولاشيء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين، فليس له فعل يوجب عليه ضمانًا أو لايوجب، وليست له عبارة تنشيء حقوقًا، وليس له ولى شرعى ينشيء عليه حقوقًا بعبارته. ولكن يثبت له بعض الحقوق، فتثبت له الحقوق التى لاتحتاج فى وجودها إلى قبول، فيثبت له الميراث وتثبت له الوصية، وتثبت له غلات الوقف إذا كان شرط الواقف يدل على ذلك، ويثبت له النسب، ولايقبل النفى إذا حصل إقرار، وذلك كله لأن هذه الحقوق لاتحتاج إلى قبول، أما الحقوق التى يحتاج ثبوتها إلى إيجاب وقبول؛ فلاتثبت له؛ لأنه لايوجد من يتولى عنه صيغة القبول، فلا تنعقد الهبة له، لأنها تحتاج إلى قبول، ولا ولى للجنين يتولى عنه القبول، فلايثبت له ذلك الحق.

فالفقه الإسلامى كما ترى لايجعل للجنين وليًا أو وصيًا، ولكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية جعلت للجنين وصيًا يقيمه المجلس الحسبى، حتى لاتضيع الغلات، ولاتفسد الأملاك التى تثبت له، والشريعة تعتبر الأمين الذى يكون تحت يده مال الجنين قائمًا مقام الوصى، فلا مانع من اعتبار الوصى الذى يعين بحكم تلك المادة هو الأمين الذى أوجبت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف للحمل بمقتضى أحكام الميراث ولاتتغير الصفة بتغير المسمى [1].

١٥٨ ـ وأهلية الوجوب المالية تثبت كاملة بمجرد ولادة الإنسان، حتى إن وليه أووصيه لو اشترى شيئًا بمجرد وجوده فى الحياة تكون له أهلية وجوب كاملة بالنسبة للأموال، أما التكليفات العبادية أو الاعتقادية، والعقوبات، فلاتجب عليه إلا بالبلوغ، وتكون مع أهلية الأداء الكاملة على ما سنبين.

---

(١) الرقيق لاتثبت له ملكية الأموال ما لم يكن مكاتبًا، بل العبد وماملكت يداه لسيده، ولا يرث، ولكن للرقيق حقوق غير مالية، فله أن يتزوج بإذن سيده، وإذا تزوج فله أن يطلق، وتلزمه نتائج أفعاله الجنائية فيقتص منه، وإذا أتلف مالا يستوفى أولا من كسبه إن كان كسوبًا، ثم من رقبته، ويصح الإقرار من العبد، وإذا أقر بمال لزمه ووجب عليه الوفاء ولكن لايؤخذ بهذا الإقرار إلا بعد عتقه، فلا يؤخذ سيده بإقراره، لأن الإقرار حجة قاصرة، وكان هذا يدل على أن للعبد ذمة، وأهلية وجوب، ولكن نقصها عارض الرق؛ وذلك لأجل حق سيده على رقبته.

وعلى ذلك نقول إن أهلية الوجوب تكون كاملة بالنسبة للحقوق المالية الخالصة، ولو لم تثبت معها أهلية الأداء، وتثبت أهلية الوجوب مجردة عن أهلية الأداء للصبى غير المميز، وللمجنون ومثله المعتوه غير المميز [1]. فهؤلاء تثبت لهم أهلية الوجوب كاملة فى الأمور المالية، ولكن لاتثبت لهم أهلية أداء قط، فتثبت لهم كل الحقوق المالية الكاملة من غير أن يثبت حق المعاملات، ويتولى عنهم القوامون عليهم هذه المعاملة.

(أ) وذمتهم صالحة لقبول كل الالتزامات التى تجيء ثمرة للتصرفات الشرعية التى يقوم بها أولياؤهم، ويجيزها الشارع لهم، ويتقيدون بها، وليس لهم إذا رشدوا أن يتخلوا من تبعاتها ما دامت قد صدرت من الأولياء فى حدود ولايتهم، وكان من شأنها أن تلزم القاصرين، فأثمان الأعواض التى عقد عليها تلزمهم، وتجب فى مالهم، ومهور الزيجات التى يعقدها لهم أولياؤهم كذلك، وفى الجملة كل الالتزامات المالية التى تنشأ بأسباب يتولاها باسمهم الأولياء والأوصياء عليهم تكون لازمة، وتحل فى ذمتهم، وتؤدى من أموالهم، فإن رشدوا قبل الوفاء وجب عليهم الوفاء، وكذلك تلزمهم نفقة الزوجية، لأنها من مقتضى العقد الذى تم باسمهم؛ إذ النفقة من آثار عقد الزواج، وثمرة من ثمراته. ويقول فخر الإسلام البزدوى فى أصوله : إن نفقة الزوجية تلزمه، لأن لها شبهة بالأعواض، لأنها جزاء الاحتباس، وعوضه، ونحن نختار مذهب الشافعى الذى يرى أن نفقة الزوجية صلة مستحقة بالعقد، وثمرة من ثمراته[2]، ومن مقتضاه، ومهما يكن توجيهها فهى واجبة على الصغير غير المميز، والمجنون والمعتوه غير المميز.

(ب) ويثبت فى ذمتهم كل ما هو من مئونة المال، ومغارمه، فيجب فى أموالهم الخراج والعشر؛ لأن الخراج فى أصل شرعته مئونة لحماية الأموال

---

(١) الجنون مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ويصحبه اضطراب وهياج غالبًا، والعته مرض يمنع الشخص من إدراك الأمور على وجهها أيضًا، ولكن يصحبه هدوء، وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعًا واحدًا.

(٢) راجع أصول فخر الإسلام وعليه كشف الأسرار، الجزء الرابع، ص ١٣٦٠.



والأعراض والأنفس، والدفاع عن البلاد، كما هو لإنشاء القناطر والترع ونحو ذلك، وكذلك العشر، فهما مئونتان للأموال، هذا على المسلم، وذاك على غيره، ويجبان فى مال هؤلاء القاصرين، لهذا ولأن جانب المئونة فى العشر أكثر أثرًا من جانب العبادة، وهناك واجبات مالية اختلف فى تغليب كونها عبادة أو مئونة مالية، فمن قال إنها عبادة قال إنها لاتجب على الصغير والمعتوه غير المميزين والمجنون، ومن قال إنها مئونة أو غلب فيها جانب المئونة قال إنها تثبت فى ذممهم، وتجب فى أموالهم.

(١) فصدقة الفطر غلب بعض الفقهاء جانب المئونة فجعلها واجبة فى أموال هؤلاء، وغلب آخرون فيها جانب العبادة، فمنع ثبوتها فى مال هؤلاء، فأبو حنيفة وأبو يوسف أوجباها فى مال هؤلاء القاصرين تغليبًا لجانب المئونة، ومحمد وزفر لم يوجباها فى أموالهم تغليبًا لجانب العبادة.

(٢) وكذلك كان موضع الخلاف بين الفقهاء زكاة الأموال، فالشافعى ومالك وأحمد رضى الله عنهم رجحوا جانب المالية فيها، فأوجبوها فى أموال القاصرين، وأيدوا كلامهم ببعض الآثار، وأبو حنيفة وأصحابه رجحوا فيها جانب العبادة، والقاصر غير مكلفها.

(جـ) وتلزمهم أيضًا الصلات التى تشبه المئونة المالية، وهى نفقة الأقارب؛ فهذه صلة القربى، ولكنها ليست عبادة خالصة، بل هى مئونة مالية أوجبها النظام الاجتماعى وأيدته الشريعة، فالأسرة وحدة اجتماعية متعاونة متآزرة متضافرة، ومن واجب التآزر أن يدفع غنيها عن فقيرها غائلة الجوع، وأن يسد رمقه، فكان من مئونة الغنى وتكليفاته أن ينفق ذوو اليسار من الأسرة الواحدة على ذوى العسرة، وإذا كان ذلك مئونة للمال، فهو يتبعه مهما يكن حامله، رشيدًا أو غير رشيد، صغيرًا أو كبيرًا، مجنونًا أو عاقلا، وبذلك تقوم الأسرة على بنيان من التعاون متين الدعائم.

(د) الغرم المالى، فيلزمه أيضًا ضمان ما يتلفه من أموال، لأن ضمان المتلفات يكون بالمال بعوض المتلف له، وذمته صالحة لوجوب كل ما هو مالى،

وليس من قبيل العبادة، ولأن المقصود ليس فعلا يقوم به، بل المقصود مال يعوض المفقود ويربح الخاسر، فيثبت المال فى ذمته، ويؤديه عنه من مالية وليه أو وصيه.

وهكذا كل أمر مالى يكون القاصر ذمته فيه كذمة الرشيد ما دام لم يغلب فيه جانب العبادة، ويؤدى عنه وليه أو وصيه كل ما يثبت فى ذمته [1].

أهلية الأداء

١٥٩ ـ قد بينا فيما مضى أن أهلية الأداء هى أهلية المعاملة؛بمعنى أن يكون الشخص صالحًا لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية، وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات، فأول أثر إذن لثبوت أهلية الأداء صحة التصرفات القولية، بمعنى اعتبارها أسبابًا منشئة للحقوق للشخص وعليه، فمن كانت عبارته صالحة لأن تكون سببًا لثبوت الحقوق له وعليه، فعنده أهلية أداء، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية، فهو فاقد أهلية الأداء، ولاشك أن الصبى غير المميز، والمجنون والمعتوه غير المميز، وهم الذين ذكرنا أن أهلية الوجوب ثابتة كاملة لهم، هؤلاء فاقدو أهلية الأداء، لأن عبارتهم ملغاة ساقطة لاتصلح سببًا لإنشاء حقوق لهم أو لغيرهم، إذ العبارة التى تنشأ بها التصرفات الشرعية هى العبارات المقصود معناها التى يفهم قائلها المراد منها فى عرف الناس، والأثر الشرعى لها فى الجملة، لا على وجه التفصيل، فيفهم أن البيع يقتضى خروج المبيع من ملك البائع، واستحقاقه للثمن، ووجوب دخوله فى ملك المشترى، ووجوب الثمن عليه، وأولئك الذين فقدوا التمييز لايتم هذا القصد فى عباراتهم؛ فتكون ملغاة، ولا تصلح سببًا شرعيًّا لإثبات هذه الحقوق.

١٦٠ ـ وغير هؤلاء تثبت لهم أهلية أداء كاملة أو ناقصة، فكل مميز عنده أهلية أداء، إذ مناط هذه الأهلية هو العقل، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد

---

(١) اعتمدنا فى الكلام فى أهلية الوجوب على شرح المنار فى باب المحكوم عليه،وعلى مرآة الأصول الجزء الثانى المحكوم عليه أيضًا، وعلى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع، ص ١٣٥٧ وما يليها، وعلى كتاب الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك.



أهلية الأداء، وذلك لأن التمييز يجعل الشخص يفهم القصد من عباراته، ويدرك ثمراتها، فتكون عباراته صالحة لإنشاء الحقوق له أو عليه، ولقد جعلوا حد التمييز أن يكون الشخص عارفًا لمعانى الألفاظ الدالة على العقود، فيفهم مثلا أن البيع سالب، والشراء موجب، بمعنى أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع، والشراء يدخل المبيع فى ملك المشترى، ولايتصور التمييز ممن دون السابعة. وأهلية الأداء تكون كاملة وناقصة تبعًا لكمال العقل ونقصانه.

فأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه لأى سبب من الأسباب، ومن كان كذلك كان حرًا فى التصرف فى أموال يتصرف فيها بالطرق الشرعية التى يراها غير مقيد بأى قيد، لأن العقل والرشد كافيان لتقييد تصرفاته بالمصالح، فالمفروض فيه أنه لا يتصرف تصرفًا إلا عن روية وتفكير وتقدير وتدبر؛ وهو أدرى بما فيه مصلحته، وليس ثمة مانع يمنعه إلا حق غيره فى الاستمتاع بحريته وحقوقه كاملة؛ كما يستمتع هو.

أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز، ولكن لم يكن عنده كمال العقل، إما لعدم بلوغه السن التى جعل بلوغها أمارة لكمال العقل، وإما لنقص بين فى العقل مع وجود أصل التمييز؛ إما لأن العقل قد كمل، والسن قد بلغت حدودها، ولكن فى تصرفاته ما يدل على نقصان تدبيره المالى، والأول هو الصبى المميز؛ والثانى هو المعتوه المميز؛ والثالث السفيه ويلحق به ذو الغفلة، فهؤلاء جميعًا ناقصو الأهلية، لأن أصل التمييز عندهم ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير، ولنتكلم عن كل واحد بكلمة موضحة له، ثم لنبين أحكامهم جملة [1].

١٦١ ـ الصبى المميز ـ وهو الذى بلغ سنًا أصبح يميز فيها بين معانى ألفاظ العقود فى الجملة، ويعرف المراد منها عرفًا، ولايتصور التمييز فى سن دون السابعة، فالسابعة هى الحد الأدنى للتمييز، وقد يتجاوزها الشخص ولايميز مادام لم يعرف معانى العقود، ومقتضياتها فى عرف الناس، وبالإجمال هذا هو حد

(١) تفسير القرطبى، الجزء الخامس، ص ٣٧.

التمييز الأدنى، أمـا نهاية الصبا، فقد اتفقت كلمة الفـقهاء على أنها ببلوغ الحلم، غير أن دفع الأمـوال وأهلية الأداء الكاملة لاتتم بمجرد بلوغ الحلم باتفاق الفـقهاء، بل إن الأهلية تتم بـأمرين، وهما بلوغ الحلم أو بلوغ النـكاح والرشد، وذلك هو مدلول قوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حـتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رُشْدًا فادفـعوا إليـهم أموالهم﴾. [النسـاء : آية ٦]. فدفع المال أو أهليـة الأداء الكاملة مشروطة بشرطين لابـد من تحققهما : وهما بلوغ النكاح وإيـناس الرشد، فما لم يتـوافروا مـعًا، لايعطى للصـبى ماله، بل لقـد ذهب سعـيد بن جـبيـر والشعـبى والضحاك إلى أنه يعتبر يتيمًا ما لم يؤنس رشده. فقد جاء فى تفسير القرطبى «قال سعيد بن جبير والشعبى : إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده، فلا يدفع لليتيم ماله، وإن كـان شيخًا، حـتى يؤنس منه رشده» وهكذا قال الضـحاك : «لايعطى اليتيم، وإن بلغ المائة سنة، حتى يعلم منه إصلاح ماله».

وإذا لم يكن حلم كان البلوغ ببلوغ خمس عـشرة سنة للجارية والغلام عند أكثر الفـقهاء، ومنهم صاحبا أبـى حنيفة، وعند أبى حنيفة ببلوغ سـبع عشرة سنة للجارية وثمانى عشرة للغلام. وعند مالك يبلغ بسبع عشرة سنة من لم تكن عنده إحدى أمارات البلوغ.

هذا موجـز فى حقيـقة البلوغ واخـتلاف العلماء فـيه، أما الـرشد فالمتـتبع لكلامـهم يرى أن المراد به القـدرة على تدبر الأمـور المالية، واسـتغلال الأمـوال استغلالا حسنًا، فهذا ابن عباس وغيره يفسر الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال، وإذا كان الرشـد هو القدرة على تنمية الأمـوال واستغلالهـا، وحسن القيام علـيها وتدبير شئـونها فهو لابد أن يخـتلف باختلاف تعقـد الحياة، وتشعب مـسالكها، واختلاف طرائقها، وكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة يسيرة لم تتسع الحاجات فيها، ولم تتشعب أبواب الرزق، ولـم تختلف مناهجها ـ سهل على الشخص تدبير ماله، فإذا كان ماله أرضًـا زراعية، كان القيام عليها بحـرثها وإلقاء البذر، ورجاء الثمار من الرب، فتجود عليه السماء بالغيث، أو الأنهار بالجودى، حتى إذا انحسر عنها الماء قليلا بذر بذره، ورجا من العناية ثمره، وهكذا تسود السهولة كل أسباب الرزق، فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده فى الخامسـة عشرة أو قبلها أو بعدها

بقليل. أما إذا كانت الحياة متسعة الأفق، عريضة الجوانب، متشعبة المسالك، تحكمها نظم اجتماعية واقتصادية متشابكة، لايدركها الفتى إلا بعد نضج ودراسة، كان لابد إذن أن تتأخر سن الرشد، وأن تتباعد عن سن البلوغ.

وإذا كانت الأهلية الكاملة لاتتم إلا بعنصرين : البلوغ والرشد، وقد حكمنا بتأخر الرشد عندما تتعقد مناهج الحياة، وأسباب الرزق، فلابد إذن بمقتضى كلام الفقهاء أن يستمر الفتى ناقص الأهلية أمدًا غير قصير، حتى يرشد، ويستحق أن يدفع ماله إليه، وهو فى هذه المدة يختبر الوقت بعد الآخر؛ ليستفيد من تجارب الحياة، ويعلم القوام عليه مقدار ما وصل إليه من علم بها وبشئون المال.

ولقد كانت آراء الفقهاء متسعة الأرجاء واسعة الرحاب، فلم يعينوا للرشد سنًّا خاصة وإن عينوا للبلوغ سنًّا، نعم إن أبا حنيفة جعل نهاية لسن الحجر ونقص الأهلية، وهى خمس وعشرون سنة، ولكن وجهة نظره فى ذلك لم تكن تعيين سن رشد؛ بل لأنه يرى هو وزفر والنخعى أنه لايصح أن يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغ الخامسة والعشرين، ولو كان أفسق الفساق، وأشدهم تبذيرًا لماله، ما دام عاقلا ليست عنده لوثة جنون، ولا اختلاط عته، ولكن جمهور الفقهاء خالفوهم، وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ رشده، ويستطيع القيام على ماله وتدبيره وتثميره [1].

١٦٢ ـ ولقد نهجت القوانين الحديثة منهج الشريعة فى أنها اعتبرت بلوغ الرشد هو المناط لكمال الأهلية، وما دام الرشد لم يتوافر فالشخص ناقص الأهلية، ولقد جاء فى شرح القانون المدنى للمرحوم أحمد فتحى زغلول باشا نبذة قيمة فى هذا المقام هذا نصها : «المولود يولد فاقد الأهلية[2] ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز، ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز، إلا أن عقله وملكاته لايزالان غضين، فلايقوى على تقدير الأفعال التى تصدر عنه، أو يتعمد فعلها تقديرًا صحيحًا، ثم هو لايصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العاقلة،

(١) سنبين الخلاف فى ذلك عند الكلام على السفيه.
(٢) يقصد أهلية الأداء.

ويكون له بعض الخبرة، حتى يؤمن على إدارة أمواله بنفسه، ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لايتم للجميع بصورة واحدة، ولا فى زمن واحد، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافًا كبيرًا، إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات والحاجة إلى وضع حد تنتهى إليه حال الإنسان، ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر، وتتم له الأهلية. والشرائع مختلفة فى تقدير هذا الزمن، فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأنثى، وأربع عشرة للذكر، كما فعل الرومانيون فى البداية، منذ كانت الأمة فى نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق، قليلة العدد، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال قبل استفحال الضرر، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة، والولد محوط بهذه العنايات كلها، فلما ازدحم المجتمع بأهله، وكثر المال، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الإنسان، وامتدت أطماعه إلى أبعد من داره وعشيرته، ووهن رباط العائلة بضغط المؤثرات ظهرت مضار التعجيل بإقرار الأهلية، واضطر الشارع إلى تأجيل زمانها فجعله خمسًا وعشرين سنة، ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة [1].

وقد كان القانون المصرى يسير على اعتبار سن كمال الأهلية ثمانى عشرة، ولكن لوحظ أن الفتى أو الفتاة فى هذه السن يكون غرًا غير عالم بشئون الدنيا وإدارة أمواله، لأنه يكون لايزال عاكفًا على تلقى دروسه منقطعًا عن إدارة أمواله، غير متفرغ لها، فرفعت السن إلى إحدى وعشرين على حسب القانون الصادر فى ٢٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصًا برفع سن الرشد ما نصه : «ومن التعديلات المهمة التى أدخلها المشرع رفع السن التى تنتهى فيها الولاية أو الوصاية من ثمانى عشرة إلى إحدى وعشرين سنة، وهذا التعديل دفعت إليه التجربة، فإن الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحدودة الآن لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الأحوال الاجتماعية

(١) شرح القانون المدنى ص ٢٨، ورسالة عوارض الأهلية للأستاذ أحمد إبراهيم بك.



الحاضرة، فإن غالب الشبان يكونون فى دور التعليم حين بلوغهم هذه السن، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلى الخبرة بالحياة العملية أضف إلى ذلك ما يحيط بالشاب الصغير من دواعى الإغراء بالإسراف والتبذير، وقد شوهد فى كثير من الأحوال أن شبابًا رفعت عنهم الوصاية، وسلمت إليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عامًا، فبددوها كلها أو معظمها فى قليل من الزمن؛ ولهذا رأت الوزارة رفع السن التى تنتهى ببلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى إحدى وعشرين».

ولقد أخذ القانون الجديد بمبدأ اختبار القاصر فى وقت الحجر عليه ونقصان أهليته للأداء والمعاملة، وهو مبدأ القرآن الكريم، إذ يقول تبارك وتعالى : ﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾. [النساء : آية ٦]. فلقد نص ذلك القانون على أن القاصر متى بلغ ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف فى ماله جاز للوصى أن يسلم أمواله ليتولى بعض إدارتها، فيكون له قبض دخله، والتصرف فيه، والتأجير لمدة سنة أو أقل، وزراعة أرضه، والقيام بما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة، ويعتبر راشدًا فى التصرفات قاصرًا فى غيرها، فإذا أساء التصرف فيما أعطيه منه منع من كل تصرف وليس له أن يطلب الإذن بالتصرف قبل مضى سنة من تاريخ المنع [(١)].

١٦٣ ـ وخلاصة القول : أن الصبى المميز ناقص الأهلية، والحد الأدنى للتمييز سبع سنوات، والشريعة قد جعلت للبلوغ أمارات خاصة؛ فإن لم تتحقق تلك الأمارات، فبالسن، ولم تجعل الشريعة مطلق البلوغ سببًا فى كمال أهلية الأداء، بل أهليته لاتكمل فى الشريعة إلا بالسن وإيناس الرشد. ولم يعين الفقهاء سنًّا لإيناس الرشد، ولكن القوانين الحديثة عينت سنًّا فخالفت الشريعة فى ذلك، ولكن لم تتجاف عن معناها ومرماها.

١٦٤ ـ السفيه : السفيه [(٢)] هو من لايحسن القيام على تدبير ماله، فينفق فى غير مواضع الإنفاق، والحجر على السفيه موضع خلاف كبير بين العلماء، وقد

---

(١) راجع المواد ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٢، من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ اكتوبر سنة ١٩٣٥.

(٢) جاء فى تفسير القرطبى : المهلهل الرأى فى المال الذى لايحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء منها، شبه بالثوب السفيه، وهو الخفيف النسج، والبذىء اللسان يسمى سفيهًا، ولا تكاد تتفق البذاءة إلا فى جهال الناس، وأصحاب العقول الخفيفة؛ والعرب تطلق السفه على ضعف العقل تارة وعلى ضعف البدن أخرى، قال الشاعر :
=

تضاربت فيه أقوالهـم، وللسفيه حالان : إحداهما أن يبلغ الشخص سـفيها، وقد اتفق العلماء على أنه لايعطـى ماله، بل يمنع منه عملا بقـوله تعالى : ﴿**ولاتؤتوا السفهاء أموالكم**﴾. [النساء : آية ٥]. ولكن اخـتلفوا فى موضعـين فى هذه الحال **(أحدهما)** أن كثـرة العلماء على أن ماله لايدفـع إليه، ويمنع من كل التصـرفات القولية، فليس له أن يقر بحق لغيره. ولا أن يبيع ولا أن يشترى، ولكن روى عن أبى حنيفـة أنه يقول إن ماله لايسـلم إليه، ولكن عقـوده، وكل تصرفاته القـولية صحيحة كتصرفات غـيره من العقلاء، لأن أهليته تكمل بمجرد البلوغ عنده، ومنع المال لكيلا يتمكن من تنفـيذ تصرفاته التى تسوء عقـباها، ولأن المنع وحده تأديب وزجر، وفيه الكفاية، ولكن روى أيضًا عن أبى حنيـفة أن الشخص إذا بلغ سفيهًا استمر الحجر عليه، فمنع من ماله، ولا تنفذ تصرفاته فيه وذلك الراجح. **(الوضع الثانى)** أن كثرة العلماء على أن الشخص إذا بلغ سفيهًا استمر الحجر عليه، فما لم يرشد لايمنع الحجـر عنه. ويستمر ناقص الأهليـة، ولو بلغ أرذل العمر، لأن علة نقص الأهلية هى نقص العقل، وعـدم القدرة على إدارة شئونه المالية، فـما بقيت هاتان الحقيقتان أو إحداهما فالحجر مستمر، لبقاء علته وداعيه، وقال أبو حنيفة أن الشخص إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة دفع إليه ماله، ولو كان سفيهًا ما دام عاقلا، لأنه ببلوغ الخامسة والعشرين لاينفع فيه زجر ولا تأديب، ورحم الله أبا حنيفة فقد روى عنه أنه قال : «إذا بلغ الخامـسة والعشرين احتمل أن يكون جـدًا فأنا أستحى أن أحجر عليه»، وفى الحق أن الأصل عند أبى حنيفـة أن الشخص متى بلغ عاقلا كملت أهليته، ولكن إن كـان سفيهًا لايسلم إليه مال خشـية أن يكون ذلك السفه بفعل الصبـا، وغرارة الشباب الباكر، فـمنع من ماله تأديبًا وتربية، وبعد الخـامسة والعشرين لامـوضع للتربية، فليسلم مـاله، وليقض الله أمرًا كان مـفعولا، ويؤيد

= نخاف أن تسفه أحلامنا ويجهل الدهر مع الحالم

وقال ذو الرمة :

مشين كما اهتزت رماح تسفهت أعاليها مـن الريـاح النواسم

فكأنه يجعل السفه الشـرعى إما مأخوذ من الثوب السفيه بمعنى المهلهل، وإما مـن الضعف فى العقل، والخفة فيه.

فكرة أبى حنيفة من حيث التفرقة بين حال الشباب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما يذكره علماء النفس وعلماء التربية وعلماء الأخلاق من أن العادات النفسية والخلقية تكون فى دور التكون، وتكون مرنة رخوة قبل الخامسة والعشرين، وأكثر مرونة قبل العشرين، وبعد الخامسة والعشرين تتكون العادات، وتتخذ لها مجارى فى النفس، ويصعب جد الصعوبة تغييرها، فإذا كان الفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفيه مبذر لماله، متلف له، فعسى أن يكون التأديب مغيرًا لتلك العادة المرنة، ولكن بعد الخامسة والعشرين يصعب تغييرها، فليترك حبله على غاربه.

١٦٥ ـ هذه حال السفه الأولى، وهى بلوغ الشخص سفيهًا، أما الحال الثانية فهى بلوغه رشيدًا، ثم سفهه بعد ذلك، والحجر موضع خلاف بين العلماء أيضًا، فمن العلماء، وهم الأكثرون أيضًا من قال : إنه يصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة. ومن الفقهاء من قال : إنه لايحجر عليه بحال من الأحوال، ومنهم أبو حنيفة على مقتضى أصله فى فقه هذه المسألة، ومعه زفر بن الهذيل، وبعض العلماء من فقهاء المذاهب الأخرى.

ونرى من هذا السياق أن أباحنيفة استمسك بعدم الحجر على السفيه واعتبره كامل الأهلية، سواء أعرض له السفه بعد بلوغه رشيدًا، أم بلغ سفيهًا على النحو الذى علمته فى الحال، فالأصل عنده أن السفه ليس سببًا فى نقص الأهلية، وقد استدل لمذهبه هذا بما يأتى :

(أ) عموم القرآن الكريم فى آياته الخاصة بالعقود، من مثل ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾. [المائدة : آية ١]، ومن مثل : ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا**﴾. [الإسراء : آية ٣٤]، ومن مثل قوله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾. [النساء : آية ٢٩]، وغير ذلك مما روى فى آى الله تعالى حثًا على الوفاء بكل التزامات العقود، ومثل ذلك ما ورد فى الحديث من الأمر بالإهداء والصدقات والهبات من مثل قوله ﷺ : «تهادوا تحابوا» ففى كل هذه الآيات والأحاديث الخطاب عام لكل المسلمين، ولاشك أن المبذرين والسفهاء داخلون فى عموم المؤمنين من غير خلاف

بين علماء المسلمين، فهم مطالبون بالوفاء بعقودهم، وعدم النكث فى عهودهم، سواء أكانت هبات وهدايا، أم عقود مبادلة ما دام قد تحقق مناط العقود المالية، وهو التراضى، فمتى تحقق فقد وجب الوفاء بالعهد، فلو قلنا بعد هذا أن المبذر لماله بعض عقوده باطل وبعض عقوده غير نافذ فمعنى ذلك أن الوفاء بها غير مطلوب، ويكون ذلك تخصيصًا من عموم الأمر بالوفاء، ولايصح أن يكون تخصيص تلك النصوص الصريحة القاطعة فى دلالتها إلا بمثلها مما هو قطعى فى دلالته، ونسبته إلى الشارع الإسلامى، فما لم يكن كذلك لا يصلح مخصصًا، ولم يقم من النصوص القرآنية ما هو قاطع فى دلالته أو من الأحاديث ما هو صحيح لاريب فى نسبته، وإذن فكل عقود المبذر لماله يجب الوفاء بها، فلا يصح الحجر عليه، وأهليته كاملة.

(ب) روى قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع، وفى عقدته ضعف، فأتى به أهله نبى الله ﷺ، فقالوا : يا نبى الله احجر على فلان، فإنه يبتاع، وفى عقدته ضعف، فدعاه النبى ﷺ، فنهاه عن البيع، فقال : يا نبى الله إنى لا أصبر عن البيع. فقال رسول الله ﷺ : إن بعت فقل ها، وها، ولاخلابة، ولك الخيار ثلاثًا. وروى عن ابن عمر رضى الله عنه أن رجلا ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيع فقال أن النبى ﷺ: إذا بايعت فقل لاخلابة. فدل هذا على أن الرجل الذى يغبن فى البياعات، وهو من نوع السفهاء بلاريب لايمنع من التصرف فى ماله، ولو كان يمنع لأجاب النبى ﷺ أهل الرجل إلى ما طلبوا؛ ولكنه لم يجبهم، بل طلب إلى الرجل أن يمتنع مختارًا عن البيع، ويسترشد بغيره، فلما بيَّن له عدم استطاعته ذلك أرشد إلى أنه يشترط لنفسه خيار ثلاثة أيام، يتروى فيها ويتدبر، ويراجع من يشاورهم فى أمره. ولو كان جزاء الغبن، والخدع فى البياعات وهى من السفه أو الغفلة - المنع ونقصان الأهلية لمنعه النبى ﷺ من التصرف بعد أن ثبت الوصف الموجب للمنع والحجر، ولكنه لم يفعل، فدل ذلك على أن السفه أو الغفلة كلاهما لايوجب نقصان أهلية ولا حجرًا من التصرفات.

(جـ) أن الشخص ببلوغه عاقلاً سفيهًا أو غير سفيه قد بلغ حد الإنسانية المستقلة والشخصية المنفردة بشئونها، فأى منع له من التصرف أذى لإنسانيته وإهدار

لآدميته، فمن الكرامة التى يستحقهـا الإنسان بمقتضى كونه إنسانًا أن يكون مستقلا فى أمواله وإدارتها، ينال الخير من تصرفاته الحسنة، ويتحمل مغبة تصرفاته السيئة، وبالكبوة والنهـوض، والعثرة والوقـوف،تصقل نفسـه، ويستفـيد تجربة واختـبارًا، ولايصح لأحد أن يقـول إن من مصلحـته الحجـر عليه، فإن الحـجر فى ذاته أذى لايعـدله أذى للـحـر الكريم، إذ لاشىء آلم للنفـس والروح من إهدار الأقـوال، وتقريب الإنسانية من مرتبة البهائم التى تنعق بما لاتعقل،فلتذهب كل أمواله إسرافًا وبدارًا، ولكن لتبق له نفسه، ولتبق له آدميته فالمال غاد ورائح، وأما جروح النفس فليس لها التئام. ولقـد عهدنا فى الشارع الإسلامى أنه يحتـرم الكرامة الإنسانية، فالله يـقول : ﴿**ولقـد كرَّمنـا بنى آدم وحملناهـم فى البر والبـحـر ورزقناهم من الطيبات**﴾ [1] ولايصح أيضًا لأحد أن يقول : إن مصلحـة الجماعة فى الحجر على سفهائها فى الأموال، لأن من مصلحـة الجماعة أن تنتقل الأموال إلى الأيدى التى تحسن استـغلالها بدل أن تبقى آسنة فى أيـدى من لايحسنون القيام عليـها، ويقام غيرهم لحـراستها وصيـانتها فقط، إن من مـصلحة الجماعة أن تـنتقل الأموال من الأيدى الخاملة إلى الأيدى العاملة، لكى يـمكن الإنسان أن يكشف عن كل ما فى الأرض من كنوز، ويستدر أكثر ما فى هذا العالم من خيرات، فإذا وصل المال إلى يد رعناء لم تسـتطع إمساكـه، فلتتـركه لتلقـفه يد أخرى تـستطيع المحافظـة عليه واستغلاله. فمنع السفهاء من التصرفات ليس فيه إذن مصلحة للناس، ولا مصلحة للسفهاء أنفسهم، إذ هو أذى لإنسانيتهم، وإذا كـان أبو حنيفة قد استحيا أن يحجر على ابن الخامسة والعشرين، فـذلك دليل على مقدار علو شأن الإنسانية فى نظره رحمه الله.

(د) أن السفيه غيـر محجور من عقد الزواج بأجر المثل، وغـير محجور من الطلاق، وذلك رأى من يحجـر عليه فى الأمـور المالية، وهو كلام غـير منطقى،

---

(١) يوفق الجصاص بين قول أبى حنيفة بعدم الحجر على السفيه، وقوله تعالى : ﴿**ولا تبذر تبذيرا**﴾ بأن الآية فى ذم التبذير والنهى عنه، وليس كل فعل مذموم أو منهى عنه مقتضيًا للحجر والمنع، فالإنسان منهى عن ترك زرعه وشجـره من غير سقى، وترك دوره وعقـاره من غير تعميـر، فلو أنه ترك زرعه وغرسه من غـير ماء، ودوره يأكلها الخـراب ما أجبره أحـد على ذلك، وما حجر علـيه لأجلها فالنهى والذم شىء، والحـجر شىء آخر، ولايصح أن يرتب أحدهما على الآخر من غير دليل.

كيف يكون حرًا فى الزواج والطلاق والعتاق، ويكون مقيدًا فى الأموال، إن الزواج أخطر شأنًا، ويحتاج إلى رأى، وهو يتصل بحياة الإنسان فيشقيها أو يسعدها، فكان أحرى بالمنع، فإذا نفذ باتفاق الفقهاء فبالأولى العقود المالية تنفذ؛ لأن خطرها أقل، وشأنها عند الله والناس أهون، وسوء المغبة فيها أقل من سوء المغبة فى الزواج، وإن لم يحسن التصرف فيهما، ثم إن جواز الزواج والطلاق دليل على كمال الأهلية، وصلاحية العبارة للعقود والالتزامات من غير توقف على إرادة أحد، فلا وجه إذن للمنع فى المال، بل ليس من المنطق، ولا من الفقه أن ينفذ عقده فى الزواج ولا ينفذ كلامه فى عقد إجارة حانوت، أو ما يشبهه؛ إن ذلك لعمرى فى القياس غريب [1].

١٦٦ ـ هذه أدلة أبى حنيفة ومن رأى رأيه فى عدم جواز الحجر على السفيه، وأن العاقل البالغ ليس لأحد عليه ولاية خاصة، أما أدلة الفقهاء الذين أجازوا الحجر على السفيه فتتلخص فيما يلى :

(أ) قوله تعالى : ﴿**ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قيامًا وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفًا**﴾. [النساء : آية ٥]، وقوله تعالى : ﴿**فإن كان الذى عليه الحق سفيهًا أو ضعيفًا أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل**﴾. [البقرة : آية ٢٨٢]. فدلت الآية الأولى على أن السفيه لايسلم إليه ماله، بل ليس له من التصرف فى ماله إلا أن يرزق ويكسى، أما وسائل التنمية والحفظ والصيانة فليست له، ولكن لغيره، وتأيد هذا المعنى بالآية الثانية، لأنها فرضت أن للسفيه وليًا هو الذى يتولى إنشاء صيغة عقد المداينة وإملاءه عند الكتابة، ولو كان للسفيه أن يتصرف فى أمواله تصرف الراشدين ما كان له ولى يتولى عنه، وما أمر الله وليه أن يتولى الإملاء بقوله ﴿**فليملل وليه بالعدل**﴾. وإذا كان السفيه لايعطى ماله، ولايتصرف فيه، وله ولى فهو ناقص الأهلية، ومحجور عليه.

---

(١) مما استدل به لأبى حنيفة أيضًا أن إقرارالسفيه بما يوجب حدًا أو قصاصًا جائز، ويحد ويقتص منه بمقتضى هذا الإقرار، فكيف يسوغ إقراره، وينفذ عليه الحد الذى يسقط بالشبهات بهذا الإقرار، ومع ذلك لايؤخذ بإقراره بماله، وهو أهون شأنًا وأقل خطرًا ولا يسقط بالشبهة، هذا غير منطقى.

(ب) ما روى من أن عبد الله بن جعفر بن أبى طالب أتى الزبير بن العوام، فقال : إنى ابتعت بيعًا، ثم إن عليًّا يريد أن يحجر على، فقال الزبير : فإنى شريكك فى البيع. فأتى على عثمان بن عفان فسأله أن يحجر على ابن أخيه عبد الله بن جعفر فقال الزبير : أنا شريكه فى البيع، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير !! فدل هذا على أن الحجر على السفيه قضية معروفة عند الصحابة، وهى من الشريعة، وإلا ما طلبها على لابن أخيه، وهو من تعلم علمًا وفقهًا وتقى، ولم يستنكر أحد من الصحابة طلبه، فلم ينكره الزبير، ولم ينكره عثمان، وإن كان كلاهما قد رأى أن عبد الله لايستحق حجرًا [١].

وروى أيضًا أن عائشة بلغها أن عبد الله بن الزبير قال عنها وقد باعت بعض رباعها، فقال : لتنتهينَّ وإلا حجرت عليها. فقالت : لله على أن لا أكلمه أبدًا. فهذا يدل على أن ابن الزبير وعائشة قد رأيا الحجر، وعائشة مكانها من العلم والفتيا مكانها [٢].

(جـ) أن مصلحة السفيه المالية فى منعه، فإن ترك وشأنه ضاع ماله، وكان كلا على الناس، وأن سبب الحجر فيه متحقق، فإن السبب فى الحجر على الصغير الخشية من ضياع ماله، وضياع المال فى السفيه أوضح، لأن تبذيره [٣] محقق لاريب فيه، وإذا كان سبب الحجر ذلك وهو متحقق فيه، فلابد أن يتحقق أثره، وهو الحجر بالفعل. هذا، ومن مصلحة الناس أن يحجر على سفهائهم، لأنهم إن أضاعوا أموالهم كانوا عالة على الجماعة تطعمهم وتكسوهم، أو يعيثون فيها فسادًا، ولا يتركون عامرًا إلا خربوه، ولا قائمًا إلا هدموه.

---

(١) رد أبو حنيفة هذا بأن المراد من السفهاء فى لآية الأولى الصغار، لأن «ال» للعهد الذكرى، والمذكور هم اليتامى، فهم الصبيان، وكذلك المراد بالسفهاء فى الثانية، ولا دليل يعين أنهم المبذرون.

(٢) لو سلم كل ما يدل عليه الأثران ما تجاوز أنه رأى صحابى، ورأى الصحابى فيما للرأى فيه مجال ليس بحجة.

(٣) يخرج رأى أبى حنيفة فى الأهلية على أن العلة فى نقصان أهلية الأداء عند الصغير هى العجز بسبب الصبا، وذلك لايتحقق فى السفيه، إذ هو ليس بعاجز.

١٦٧ ـ هذه أدلة الفريقين : ونرجو أن نكون قد حكيناها على وجهها، وقد اختلف محمد وأبو يوسف فى ابتداء الحجر على السفيه من وقت تحقق وصف السفه، أو من وقت حكم القاضى به ؟ قال الأول محمد وقال الثانى أبو يوسف[١]، فالحجر عند محمد يبتدئ من وقت إسرافه فى أمواله وتبذيره فيها، وكل تصرف مالى من وقت تحقق وصف السفه عرضة للإبطال، إذ قد صدر باطلا، ولو لم يحكم القاضى بالسفه، أما عند أبى يوسف فالحجر يبتدئ من وقت الحكم، وكل تصرف قبله هو سائغ نافذ لامجال للطعن فيه. وقد استدل محمد لرأيه بأن علة الحجر هى السفه والتبذير فى ماله، فحيثما وجدت العلة وجد معها ما كان علة فى وجوده، فلا حاجة إذن إلى قضاء القاضى، لأن القضاء ليس هو السبب، ولا شرطًا فى السبب، ومن جهة ثانية فالحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته، كلاهما علة للحجر والمنع من التصرفات، ولو كان مع العته تمييز.

وقد ثبت الحجر على المعتوه بمجرد وجود العته، فيثبت الحجر على السفيه بمجرد وجود السفه بذلك القياس الذى استوفى شروطه، والجامع بينهما أن الحجر لمعنى فى نفس المحجور عليه، لا لشىء خارج، فمتى تحقق ذلك المعنى تحقق الحجر.

ووجهة نظر أبى يوسف أن الحجر على السفيه أمر يحتاج إلى نظر واستدلال وترجيح بين أمور متعارضة، وذلك أن فى المسألة ضررين، كلاهما محقق ثابت بلاريب فى وجوده (أحدهما) ضرر الحجر وإهدار الحرية وعدم اعتبار بعض تصرفاته وعقوده، وذلك نقص فى آدميته، (وثانيهما) ضرر السرف والتبذير، وإلقاء المال ذات اليمين وذات الشمال من غير هدى، فكان لابد من الموازنة بين

---

(١) رأى مالك والشافعى كأبى يوسف فقد جاء فى أحكام القرآن للقرطبى ما نصه : «اختلف العلماء فى أفعال السفيه قبل الحجر فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم : إن فعل السفيه وأمره كله جائز، حتى يضرب الإمام على يده. وهو قول الشافعى وأبى يوسف، وقال ابن القاسم أفعاله غير جائزة، وإن لم يضرب الإمام على يده. وقال أصبغ : إن كان ظاهر السفه فأفعاله مردودة، وإن كان غير ظاهر السفه، فلا ترد أفعاله، حتى يحجز عليه الإمام، واحتج سحنون لقول مالك بأن قال : ولو كانت أفعال السفيه مردودة قبل الحجر ما احتاج السلطان أن يحجر على أحد. وحجة بن القاسم ما رواه البخارى من حديث جابر أن رجلا أعتق عبداً ليس له مال غيره، فرده النبى ﷺ، ولم يكن حجر عليه قبل ذلك».

الضررين، وترجيح أحـدهما على الآخر بنظر غير متحـيز، لايحابى ولا يداجى، وذلك يكون بالقضاء الذى يكون فيصلا بين حالين : حال الإطلاق وحال التقييد، ومرجـحًا لأحد الضـررين، وإحدى المصلحتـين، وأيضًا فإن حـقيقـة السفه غـير محسوسة لايختلـف فيها العقلاء، بل إن السفه أمر تقديرى اعتـبارى، يختلف فيه العقلاء الراشدون حوله، فقد يرى بعض العقلاء تصرفًا، فيحكم بأنه سفه وتبذير، ويراه عقلاء آخرون فيحكمـون بأنه حكمة وتدبير، فكان هذا الاختلاف بين الناس فى حقيـقة السفه داعـيًا لأن نحتاج إلى المرجح لأحد النظـرين على الآخر ولأحد التقديرين، وذلك يكون بالقضاء العادل.

وإننا لوقـررنا أن الحجـر يبتـدئ من وقت ثبوته، و عـدنا بالنقض على كل تصرف حـصل من وقت حدوث السـفه، لكان فى ذلك ضرر مـحقق بكثـير من الناس عاملوه قبل أن تتـبين لهم حقيقة أمـره، وخصوصًا أن سفه السفـيه لايثبت بتصرف واحـد؛ بل بعدة تصرفات يتبـين من مجموعهـا سفهه، فلا يثـبت السفه بتصرف فـردى يثبت فيه سـوء تقديره، وقد يكون أول النادمين عليـه، فإذا جعلنا وجود السـفه كافيًـا للحكم، فسيقع ضـرر بلاريب على كثـيرين ممن عاملوه على اعتبـار أنه كامل الأهلية رشيد، فـلابد إذن من أمارة شاهدة معلمة بسـفهه ليكون الناس على بينة من أمره، وذلك يكون بحكم القضاء وإعلامه.

ثم إن الحجر بسـبب السفه أمر مـختلف فيه بين العلمـاء، من حيث إقراره وعدم إقراره، فأبـو حنيفة كما علمت لايقره ولا يسـيغه، فكان من الفقه وتحـقيقًا للعدالة ألا يكون حجر فى مـسألة إلا بعد قضاء القاضى، ليكون قضـاؤه ترجيحًا لأحد القولين، وأخذًا بأحد الرأيين على بينة وهدى، ونظرًا إلى مصلحة الناس فى كل مسألة يشملها ذلك الخلاف.

١٦٨ ـ ويشبه السـفيه فى الخلاف والأحكام ذو الغـفلة وهو الذى لايهتدى إلى التصرفات الرابحـة فيغبن فى المعاوضات لسهولة خدعه، وأبـو حنيفة لايحجر عليه جـريًا على أصله، وأخـذًا بطريقته من أنـه لايحجر على بـالغ عاقل إلا إذا عرض له ما آف عقله فأعجزه عن تدبير أمره فيـحجر عليه دفعًا لضرر العجز، أما مذهب الصاحبـين والشافعى ومالك وأحمد فالحجـر عليه صيانة لماله، ونظرًا له.

وحديث منقذ بن حبان الذى يغبن فى البياعات حجة فى هذا الباب، وفى الواقع أن ذا الغفلة يتشابه مع السفيه فى تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء التدبير، وإتلاف الأموال، وإن كان السفيه يقصد إلى الإتلاف بسبب سوء رأيه، وعدم بعد نظره، وذو الغفلة لايقصد إلى الإتلاف. ولكنَّ سوء الرأى كان سببًا فى التلف والضياع، ولذلك تشابهت أحكامهما، ولو عدهما باحث نوعًا واحدًا ما جافى الصواب وما بعد عن التحقيق، فهما فى الحكم سواء، وفى المعنى متقاربان جدًا.

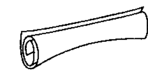
وقد يعبر عن ذى الغفلة بالضعيف [(١)]، ولعله المراد من الضعيف فى قوله تعالى : **﴿وإن كان الذى عليه الحق سفيهًا أو ضعيفًا أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾**. [البقرة : آية ٢٨٢].

١٦٩ ـ ومن قاصرى الأهلية المعتوه، وذلك أن العته يعد شعبة من نقص العقل، فإن الذى أصيب فى عقله إن كان مغلوبًا بحيث لايعقل قط كان فاقد الأهلية، وهو المجنون عند الإطلاق، وإن كان يعقل بعض الأمور، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، ويشبه بعضه كلام المغلوبين المختلطين كان معتوهًا، فالمعتوه على هذا لايكون إلا مميزًا [(٢)]، لأنه إن كان غير مميز بل كان مغلوبًا لايميز شيئًا ما كان معتوهًا، بل يكون مجنونًا، ولكن الفتاوى الهندية تفرض أن العته قسم مقابل للجنون، فالعته عندها أحيانًا يصحبه تمييز، وأحيانًا لايصحبه تمييز، فإن كان لايصحبه تمييز فالمعتوه فاقد الأهلية كالمجنون، وإن كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية كالصبى المميز، وربما كان من كلام الزيلعى ما يفيد هذا.

---

(١) جاء فى تفسير القرطبى فى تفسير هذه الآية : «الضعيف هو المدخول العقل ـ الناقص الفطنة ـ العاجز عن الإملاء»، وهذا التفسير يشمل المعتوه، وذا الغفلة. وقد جاء فى القرطبى فى هذا الموضع أيضًا : اختلف العلماء فيمن يخدع فى البيوع لقلة خبرته؛ وضعفه فهل يحجر عليه ؟ فقال بالحجر عليه أحمد وإسحق، وقال آخرون لايحجر عليه، والقولان فى المذهب (مذهب مالك) والصحيح الأول، لهذه الآية، ولقولهم فى الحديث : «يا نبى الله احجر على فلان» يقصد بالحديث حديث منقذ بن حبان الذى ذكرناه فى النبذة رقم ١٦٥، وقد سبق دليلا لأبى حنيفة فى عدم الحجر على السفيه، لأن النبى ﷺ لم يجبهم إلى الحجر.

(٢) هذا ما تسير عليه الهداية، وكمال الدين بن الهمام، وفخر الإسلام البزدوى وغيره.



ولكن أكثر الكتب تسير على غيره، فتفرض أن المعتوه لايكون إلا مميزًا، فإن فقد التمييز فهو مجنون على ما بينا، وهذا اختلاف فى التعبير، وليس بخلاف فى التفكير، فلا تتغير به الأحكام، ومهما يكن من شىء فالمعتوه المميز كالصغير المميز فى كل الأحكام، وهو قاصر الأهلية بالنسبة للأداء.

١٧٠ ـ ومما تقدم كله يستخلص أن قاصرى الأهلية هم الصبى المميز، والمعتوه المميز، والسفيه ذو الغفلة على الخلاف فيهما، وأن نقص أهلية الأداء لايمنع أن تثبت أهلية الوجوب كاملة، فتثبت كل الحقوق التى أثبتناها للصبى غير المميز والمجنون، ويتولى المعاملة بها الولى أو الوصى، وكذلك لايثبت من الواجبات على قاصرى الأهلية إلا ما يثبت على الصبى غير المميز والمجنون، فلا يثبت عليهم إلا لمغارم المالية الخالصة، أو ما كان فيه المال غالبًا على ناحية العبادة، ولايثبت وجوب العبادات ولا العقوبات، بيد أن السفيه وذا الغفلة يعتبران من هذه الناحية كاملى الأهلية فيجب عليهم كل التكليفات الشرعية من عبادات وغيرها، وتلزمهم العقوبات كاملة، لأنهم مؤاخذون مكلفون كل التكاليف، لم يسقط عنهم بسبب السفه أو الغفلة شىء منها، أما الحجر عليهم فلمنعهم من إنفاق أموالهم فى غير وجوهها، أما الواجبات المالية التى أوجبها الشارع سواء أكانت عبادة أم غرمًا ماليًا أم مئونة للمال أم صلة قربى أم بمقتضى عقد سائغ تولاه القوامون عليهم، فهم مطالبون به، لأن التكليف يوجب كل ذلك، بخلاف الصغير المميز والمعتوه المميز، فقد سقط عنهما التكليف، فلايطالبون بما هو عبادة [١].

---

(١) الصبى المميز غير مكلف العبادة باتفاق الفقهاء، أما المعتوه المميز فقد اختلف فى سقوط العبادات عنه، وقد بين ذلك الاختلاف صاحب كشف الأسرار، فقال: «يوضع عن المعتوه الخطاب (أى التكليف) كما يوضع عن الصبى، فلا تجب عليه العبادات، ولاتثبت فى حقه العقوبات، كما فى حق الصبى، وهو اختيار عامة المتأخرين. وذكر القاضى أبو زيد رحمه الله فى التقويم أن حكم العته حكم الصبا إلا فى حق العبادات، فإنا لم نسقط الوجوب احتياطيا فى وقت الخطاب، وهو البلوغ بخلاف الصبا، لأنه وقت سقوط الخطاب، وذكر صدر الإسلام مشيرًا إلى هذا القول رادًا عليه قائلا: إن بعض أصحابنا ظنوا أن العته غير ملحق بالصبا، بل هو ملحق بالمرض، حتى لايمنع وجوب العبادات، وليس كما ظنوا أن العته نوع جنون، فيمنع وجوب أداء الحقوق جميعًا، إذ المعتوه لايقف على عواقب الأمور، كصبى ظهر فيه قليل عقل، وتحقيقه أن نقصان العقل لما أثر فى سقوط الخطاب عن الصبى كما أثر عدمه فى حقه أثر فى سقوط الخطاب بعد البلوغ أيضًا، كما أثر عدمه فى السقوط بأن صار مجنونًا؛ لأنه لا أثر للبلوغ إلا فى كمال العقل، فإذا لم يحصل الكمال بحدوث هذه الآفة كان البلوغ وعدمه سواء» اهـ. وإذا كان سقوط العبادات موضع خلاف عن المعتوه، فيصح إذن أن نقول إن من الأقوال من يجعل المعتوه كالسفيه وذى الغفلة بالنسبة للواجبات التى تثبت فى الذمة، لأنه لافرق إلا فى العبادات، وقد سقط ذلك الفرق عند بعض الفقهاء.

١٧١ ـ أما أهلية الأداء فهى موضع النقص، وموضع التفصيل، وذلك أن قاصر الأهلية يعتبر من ناحية أهلا للأداء، ومن ناحية ثانية يفرض فيه العجز عن الاستقلال بالتصرفات وإدارة أمواله، وللأمة هنا أنظار مختلفة يترتب على اختلافها اختلاف فى الأحكام، فأبو حنيفة يرى أن ناقص الأهلية أهل لحكم التصرفات، إذ يتولاها الولى، وتلزمه آثارها، وهو بما عنده من عقل ـ وإن لم يكن كاملا ـ أهل لمباشرة التصرفات، فاجتمع عنده قبول ذمته للالتزام الذى ينشأ بالتصرف، وصلاحية عبارته لأن تنعقد بها التصرفات، وكان مقتضى ذلك أن تنفذ كل تصرفاته من غير رأى ولى أو وصى، ولكن لوحظ فيه عجز بسبب عدم نضوج تفكيره، وكمال عقله، فرؤى ضم رأى الولى إليه فيما يباشره من التصرفات غير الضارة وأن يقوم بما لايباشره مما تكون فيه مصلحته، وقد انبنى على هذا النظر أن الصبى المميز إن باع بغبن فاحش أجازه الولى أو الوصى نفذ البيع مع أن الولى لو باشره منفردًا ما جاز، لأن أبا حنيفة لاحظ أن الصبى إذا تولى التصرف ما تولاه بإنابة من وليه، بل تولاه بولايته الخاصة، فلما انضم إليه رأى الولى كان ذلك دفعًا للعجز فى تصرف ناقص الأهلية، ومثل ذلك يقال فى المعتوه المميز والسفيه وذى الغفلة فى غير موضع الخلاف، وأبو يوسف ومحمد يريان أن قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود، ولكن لعجزه عن معرفة عواقب الأمور، ورعاية مصالحه بسبب نقص عقله الذى أوجب نقص أهليته كانت الولاية فى العقود وسائر التصرفات المالية للولى، فإن باشرها قاصر الأهلية يكون بطريق الوكالة عن الولى، وإن تولى من غير إنابة توقف على إجازته لا لسد النقص، ولكن لأن ولاية العقد للولى لا له، فهو لايملك إلا ما يملكه الولى، وعلى ذلك إذا باع أو اشترى ناقص الأهلية بغبن فاحش لايصح عقده ولا يملك الولى أو الوصى إجازته، لأنه لايملك ذلك، فلا يملك بالأولى الإذن به، ولا إجازته. والشافعى رحمه الله رأى أن ناقص الأهلية بالنسبة للعقود والتصرفات التى للولى حق مباشرتها يكون كفاقد الأهلية، وذلك لأن الشارع إذ أعطى الولى حق مباشرة التصرفات، قد حكم بعجز المولى عليه عنها، فلا يكون صالحًا لمباشرتها بنفسه، ولا تنفذ ولو أجاز الولى، لأن عبارته تصير غير صالحة لعقد هذا النوع من التصرفات التى حرم منها؛ إذ لو صحت بعبارته لكان ذلك حكمًا بقدرته عليها مع أن الشارع قد حكم بعجزه عنها،

فمن التناقض أن يكون عليه ولى فيها ويجوز أن يباشرها بنفسه، وقد ترتب على ذلك أن بيع الصغير، وسائر ناقصى الأهلية وشراءهم ونحوهما من العقود التى حجر عليهم فيها لاتنعقد، ولا تكون موقوفة على إجازة الولى.

كما لايصح الإذن لناقص الأهلية بالتجارة، لأن عقود التجارة كلها أعطيت للولى فهى مسلوبة منه، فليس له قدرة عليها، وليس من شأن الإذن أن يخلق فى ناقص الأهلية قدرة حرمها، ولا أن يجعل فيه أهلية سلبها.

ونرى من هذا أن ناقص الأهلية عند الحنفية عبارته تصح بها العقود والتصرفات، ولذا يصلح أن يكون وكيلا عن غيره، ولكن كل حقوق العقد الذى ينعقد بمقتضى الوكالة ترجع إلى الموكل، ولقد صرح الفقهاء بذلك بالنسبة للصغير والمعتوه، أما ذو الغفلة والسفيه فهما بلاريب ذوا عبارة تنعقد العقود بها، لأن الحجر عليهما للمصلحة والنظر لهما، ولقد جاء فى كشف الأسرار كلمة فى أهلية السفيه ننقلها لدقتها، وهذا نصها : «السفه لايوجب خللا فى الأهلية، لأنه لايخل بالقدرة ظاهرًا لسلامة التركيب، وبقاء القوى الغريزية على حالها، ولا باطنًا لبقاء نور العقل بكمال، إلا أنه يكابر عقله فى عمله، فلا جرم يبقى مخاطبًا بأمانة الله عز وجل، فيخاطب بالأداء فى الدنيا ابتلاء، ويجازى عليه فى الآخرة، وإذا بقى أهلا لتحمل أمانة الله عز وجل، ووجوب حقوقه بقى أهلا فى حقوق العباد، وهى التصرفات بالطريق الأولى؛ لأن حقوق الله أعظم، فإنها لاتحمل إلا على من هو كامل الحال، ألا ترى أن الصبى أهل للتصرفات، مع أنه ليس بأهل لإيجاب حقوق الله عز وجل، وتحمل أمانته، فمن هو أهل لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلا للتصرفات» اهـ. فالسفيه بلاريب أهل لأداء الحقوق والواجبات، ولكن منع من التصرفات المالية رعاية لمصلحته، وحفظًا لأمواله، وحملا له على الجادة.

١٧٢ ـ وإذا كان ناقص الأهلية له عبارة تنعقد بها التصرفات، فالتصرفات بالنسبة له عند الحنفية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(١) تصرفات نافعة نفعًا محضًا، بحيث لايكون ثمة ضرر فيها قط كقبول الهبة، وقبول الكفالة.

(٢) وضارة ضررًا محضًا بحيث لايكون فيها أى نفع مالى له كالإعتاق والهبة والطلاق.



(٣) وتصرفات تقبل الضرر، والنفع.

فأما القسم الأول، فينعقد وينفذ من ناقص الأهلية، لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود وسائر التصرفات، ولذلك صلح وكيلا عن غيره كما بينا، ولما كان ذلك النوع من التصرفات نافعًا له نفعًا محضًا لاضرر فيه. كان من المصلحة تنفيذه بالنسبة له، ولم يكن فى حاجة إلى إجازة ولى أو وصى لأن الرفض لايصح، وهو ضرر به، فلا حاجة إذن لهذه الإجازة. وفى تنفيذ هذه التصرفات من غير إجازة الولى، والحكم بصحة كلامه النافع له نفعًا محضًا من غير اعتماد على أحد - منافع معنوية كبيرة، إذ بذلك يمرن على التصرفات النافعة، ويدرك المنافع والأرباح، ومضار الغبن والخسران، ويهتدى إلى أبواب المعاملة المالية بالتجربة من غير أن يلحق ماله نقص.

وأما التصرفات الضارة به ضررًا محضًا من غير نفع مالى ظاهر، كالهبة والوصية والإعتاق [١]، فإنها لاتنعقد من ناقص الأهلية؛ لأن هذه التصرفات تضر به، وعبارته إنما تساغ فيما فيه مصلحة له، أو فيه احتمال تلك المصلحة، فلم تصلح عبارته لإنشاء ذلك النوع من التصرفات، إذ هى تنشىء عليه التزامًا من غير أن يكون له فيه فائدة واضحة، أو من غير أن يتعهد الطرف الآخر له فى نظر ذلك بشىء، وعلى فرض أن عبارته تصلح لإنشائها، فهى تكون محتاجة إلى أن يضم رأى الولى فيها إليه؛ أو إلى إذن الولى بها، وليس فيها مصلحة محتملة حتى يضم الولى رأيه إلى القاصر، أو يأذن بالتصرف، وولاية الولى للنظر والمصلحة، فلا يصلح أن تقر عملا فيه مضرة من غير احتمال نفع، لهذا لاتنعقد من ناقص الأهلية التصرفات الضارة ضررًا محضًا إلا ما سنبينه من الاستثناءات فيما يأتى.

وأما التصرفات المحتملة النفع والضرر كالبيع والشراء والشركات، والإجارات والنكاح [٢] وغير ذلك، فهى تنشأ وتنعقد بعبارة الصغير، ولكن تكون موقوفة على إجازة الولى أو الوصى، أما انعقادها بعبارته؛ فلأن عبارته صالحة لإنشاء التصرفات، إذ يتوافر فيها القصد إلى معانى العقد، وفهم معانى الألفاظ

---

(١) سنبين فيما يأتى أن بعض هذه التصرفات تجوز من السفيه، وذى الغفلة.

(٢) سنبين أن النكاح يجوز من السفيه وذى الغفلة.

التى تنعقد بهــا العقود. وفوق ذلك فى تصــحيح عبارته فائدة تعـويده التجارات، وتمريسه بها، والظفر بالكسب وإشعاره بمضاضة الخسارة بعدم إجازتها، وأما حاجة تنفيــذ هذه التصرفات إلى إجــازة الــولى أو الوصى؛ فذلك لأن فى عقله نقـصًا، وفى رأيه ضــعفًا، ويخـشى عليه مـغبــة تصرفــه، وفســاد تدبيره، وعدم تــقديره العواقب، فكان لابد من رأى الولى، لتنفذ هذه العــقود؛ فإن أجازها نفذت، وإن لم يجزها بطلت، والشرط فى الإجازة أن تكون إجازة معتبرة صحيحة، بأن يكون التصرف نفسه يملكه الوصى، فإن كان لايملكه لم تكن إجازته معتبرة، كأن يكون ناقص الأهلية قد باع بعض عقاره، والوصى لايملك بيع العقار، فإجازته له تكون غير معتبــرة، لأن من لايملك إنشاء تصرف لايملك الإذن به، ولا يملك إجازته، ولذا إذا باع الصغير عــقارًا والوصى عليه لايملك البيع فإن عقــده فى حكم العقد الباطل؛ لعدم صلاحيته للتنفيذ.

١٧٣ ـ هذه الأقسام الثلاثة المذكورة تعم العقود كلهــا بالنسبة للصغير المميز والمعتوه، فكل تصــرفاتهم الشرعية تســرى عليها أحكام هذه الأقسام، أمــا بالنسبة لذى الغفلة والسفيه فإنها تسرى فقط على تصــرفاتهم المالية الخالصة ما عدا الوصية والوقف، وإن الأمر يحتاج إلى بعض التفصيل بالنسبة لهما فنقول :

التصرفات قسمان [١] : تصرفات لاتقــبل النقض والفسخ، وهى التى تظهر أحكامها بمجرد ثبوت أسبابها، وهى التى لايفسدها الهزل، كما بينا عند الكلام فى الرضا، كالنكاح والطلاق، والعتاق وهذه تصح منهمــا، وذلك لأن الفقهاء فرضوا عبارات السفيه وذى الغفلة كعبارات الهازل لأن الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقــلاء لقصد اللعب بالعــبارات بعدم إرادة مــا وضعت له لغة وشــرعًا، فكذلك السفيــه يخرج كلامه على غــير نهج العقلاء، لاتباع الهــوى، ومكابرة العقل، لا

(١) خالف الشافعى فى صحة العتق من السفيه، فقال : إنه لا يصح، ولكن صاحبى أبى حنيفة قالا إن العتق منه يصح، ولكن على العبد أن يسعى بقيمته، لأن العتق تضمن إسقاطًا للرق، وإتلافًا لمقدار من المال فإسقاط الرق يزول، ولكن يبقى المال لازمًا، لأن المال موضوع الحجر، وهناك رواية أخــرى تقول : لا يستسعى العبد المعتق. وإذا عقد عــقد زواج وجب أجر المثل بشرط ألا يزيد عن المسمى، وزواجه صــحيح، ولو كان يتزوج كل يوم أربعًا ويطلقهن ساعة زواجه منهن، لأن الزواج خارج عن نطاق الحجر، والمال تابع.

لنقصان العقل فى ذاته، ولكن لسوء الرأى والتدبير وغلبة الهوى والشهوات الجامحة على العقل المفكر وإطفاء نوره.

وللزواج جانب مالى وإن لم يكن مقصودًا لذاته، ولذا يصح من السفيه وذى الغفلة الزواج، ولكن لايلزم إلا مهر المثل بشرط ألا يتجاوز المسمى، فالواجب أداؤه بمقتضى ذلك الزواج هو الأقل من المسمى ومهر المثل، وذلك لأن الزواج بأكثر من مهر المثل إسراف وتبذير، فيدخل فى ضمن مواضع الحجر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد قرر الفقهاء أن الزواج فى ذاته لايؤثر فيه الهزل، ولكن تسمية المهر للهزل أثر فيها، والمقرر فقهًا أن ما لايؤثر فى صحته الهزل يصح من السفيه، وما يؤثر الهزل فى صحته فهو موضع حجر السفيه وذى الغفلة، فالقاعدة تسير فى مداها، ولا استثناء فيه.

أما التصرفات التى تقبل النقض والفسخ كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة، أو ما يعبر عنه فى لسان الفقهاء بأنه ما يصح أن تتراخى آثاره عن أسبابه، أو ما لايصح مع الهزل، فهذا النوع هو موضع الحجر، وتجرى فيه الأقسام الثلاثة التى ذكرناها، إذ يكون السفيه وذو الغفلة فيه كالصبى المميز والمعتوه، غير أنه استُثنى من ذلك تصرفان قد قال الفقهاء أنهما يجوزان من السفيه وذى الغفلة ولايجوزان من الصغير والمعتوه، وهما الوصية بالثلث فى غير سبيل فسق بحيث يصح أن توجد من أهل الصلاح والتقوى، كالوصية فى سبيل بر للمساكين أو للفقراء، أو لبعض قرابته غير الوارثين أو نحو ذلك، لكن وصيته لأهل الفسق والمجون كوصيته لمغنية أو راقصة، أو نحوهما فلا تصح.

وثانيهما : الوقف على النفس ومن بعده على ذريته. وقد كان القياس ألا تنعقد وصيته ولا وقفه، لأنهما تصرفان يعدان من باب الهبات والصدقات، وذلك لاينعقد من ذى الأهلية القاصرة، ولكن استحسن الفقهاء صحة الوقف والوصية، لأن الوقف على نفسه، ومن بعده على ذريته ثم على جهة بر لا يعد إتلافًا للمال، بل إنه صيانة له من أن تقع العقارات تحت سلطان الإسراف، والتبذير، من غير ضرر يلحق بالورثة فى ذلك التصرف، فهو يعد احتياطيًا من سوء العقبى يفعله

كثيرون من الراشدين، وأما الوصية فجازت لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وإذا كانت على طريق ما يفعله أهل الصلاح لايضيره منها شيء، بل يناله النفع الأخروى من غير ضرر دنيوى [(١)].

ولقد لخص الإمام محمد الفرق بين السفيه وذى الغفلة وبين الصبى المميز والمعتوه فى أربعة أمور فقال : والمحجور [(٢)] بمنزلة الصبى إلا فى أربعة :

أحدها : أن تصرف الموصى فى مال الصبى جائز، وفى مال المحجور عليه باطل.

والثانى : أن إعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز، ومن الصبى باطل.

والثالث : المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله، ومن الصبى لاتجوز.

والرابع : جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد، فادعاه ثبت نسبه منه، ومن الصبى لايثبت.

١٧٤ ـ هؤلاء الذين ذكرناهم يعتبرون قاصرى الأهلية، وغيرهم من المميزين كاملى الأهلية، وبعبارة عامة يعتبر كامل الأهلية كل بالغ عاقل حر رشيد كما بينا، سواء أكان ذكرًا أم أنثى، وسواء أكان صحيحًا أم مريضًا، ما دامت قواه العقلية سليمة، غير أن المرأة اختصت ببعض الخلاف فى أهليتها لإنشاء العبارة التى ينعقد بها عقد الزواج، والمريض اختص ببعض الأحكام لتعلق حق الورثة والدائنين بماله، ولنخص كل واحد منهما بكلمة.

---

(١) اعتمدنا فيما كتبناه فى الأهلية القاصرة على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع باب الأهلية وعوارضها، وكذلك شرح المنار، والتقرير والتحبير الجزء الثانى باب الأهلية وعوارضها، وأحكام القرآن للجصاص فى تفسير قوله تعالى : ﴿**وإن كان الذى عليه الحق سفيهًا أو ضعيفًا**﴾ فى المجلد الأول، وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الخامس فى تفسير قوله تعالى : ﴿**ولا تؤتوا السفهاء أموالكم**﴾، والزيلعى خامس باب الحجر وفتح القدير سابع باب الحجر، وابن عابدين خامس، والبحر الثامن، والأشباه والنظائر الجزء الثانى فى الحجر، ورسالة الأهلية وعوارضها لأستاذنا أحمد إبراهيم بك.

(٢) المحجور المراد به السفيه.



أهلية المرأة فى الشريعة الإسلامية

١٧٥ ـ تعطى الشريعة الإسلامية المرأة من الأهلية، سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء، ما تعطيه الرجل، فهما فيها على سواء عند جمهور الفقهاء، فيثبت للمرأة من الحقوق المالية وغيرها ما يثبت للرجل، ويجب عليها مثل ما يجب عليه، ولها الحق فى المعاملة، ومباشرة الأسباب التى تنشئ التزامات وتوجب حقوقًا لغيرها، مادامت عاقلة مميزة رشيدة، فلها ذمة صالحة لكل الالتزامات، ولها إرادة مستقلة تنشئ بها تصرفات يقرها الشارع. بيد أنه بالنسبة لأهليتها للأداء، وهى أهليتها للمعاملة، ومباشرة التصرفات الشرعية، يجب ملاحظة أمرين :

أحدهما : أن الفقهاء اختلفوا فى صلاحية عبارتها لإنشاء عقد النكاح، مع اتفاقهم جميعًا على أن لها الحرية المطلقة فى اختيار الأزواج. لاتحمل على زوج، ولايفرض عليها رجل حياتها فرضًا من غير رضاها، ولاتعضل عن الزوج الكفء، فإن أساء أولياؤها وعضلوها عمن اختارت رفع القاضى ذلك الظلم، ودفع عنها هذا الإيذاء، وأمكنها من الزواج ممن ارتضته مادام من الأكفاء لها، ولكن الاختلاف ليس فى حرية الاختيار، بل فى كون النكاح ينعقد بعبارة النساء أو لاينعقد، فجمهور الفقهاء على أن النكاح لاينعقد بعبارة المرأة، وإن كان لابد من رضاها مادامت بالغة رشيدة، وخالف أبو حنيفة وبعض أصحابه [١] الجمهور، وقال إن النكاح ينعقد بعبارة المرأة الرشيدة، لأنه حقها أولا بالذات، ولها السلطان المطلق عليه ما دامت لم تسئ إلى أوليائها باختيارها غير الكفء، ولكن مع ذلك يقرر الحنفية أن المستحسن أن يتولى الأولياء عنها الصيغة من غير إلزام، فإن تولت هى الصيغة فعلت غير المستحسن، وما عدت ولاظلمت، ولاتجنت، ولا أثمت، وكلامها نافذ، لأنه فى حدود سلطانها، ولكل فريق من الفقهاء وجهة هو موليها:

---

(١) وقد روى عن الإمام محمد أن الولاية شركة بين الولى والمرأة الرشيدة، بمعنى أنه إن زوجها توقف على إجازتها، وإن زوجت نفسها توقفت على إجازته.



فوجهة نظر أبى حنيفة :

(أ) ورود الآيات الكريمة بإضافة الزواج إليها، وذلك فى قوله تعالى : ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره، فإن طلقها فلا جناح علهيما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله**﴾. [البقرة : آية ٢٣٠]. ففى الآية الكريمة أضاف الله سبحانه وتعالى النكاح إليها، وهو حدث، والحدث يضاف إلى فاعله، فإضافته إليها دليل على اعتبار الشارع للعبارات الصادرة عنها المنشئة للعقد، ولقد أضاف الله النكاح إليها مرتين (إحداهما) فى قوله : ﴿**حتى تنكح زوجًا غيره**﴾، و(الثانية) فى قوله : ﴿**أن يتراجعا**﴾ فلا يصح أن يشك فى أن تلك الإضافة دليل على اعتبار ماصدر عنها نكاحًا يقره الشارع، وإلا ما سماه نكاحًا، وما سمى ما كان بينها وبين زوجها الأول بعد طلاق الثاني تراجعًا، وعودًا للقديم، ومن جهة ثانية قد جعل هذا الفعل منها غاية للتحريم وإنهاء له، ولاينهى تحريم الشارع إلا أمر يعتبره الشارع محللا بعد ذلك التحريم، ومنهيًا له، وذلك لايكون إلا إذا اعتبر الشارع النكاح الصادر عنها المضاف إليها شرعيًّا من كل الوجوه.

ومن الآيات الكريمة التى أضيف النكاح فيها إليها أيضًا قوله تعالى : ﴿**وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**﴾. [البقرة : آية ٢٣٢]. وقد أضاف النكاح هنا إليها، فدل على أنه يعتبر إن أنشأته وأوجدت عباراته، وفوق ذلك فى الآية دلالة أخرى على أن الولاية لها كاملة، وليس للأولياء عليها سلطان إن اختارت من الأكفاء، إذ فيها نهى عن العضل، وهو التضييق الظالم، وذلك يكون بمنعها من زواج الكفء، لأن فى الآية نهيًا للأولياء عن منعها من الزواج بالأكفاء والنهى عن شيء يثبت أنه غير حق ولايرضاه الشارع، فنهى الأولياء إذن عن المنع دليل على أن المنع ليس من حقهم، ولايسوغ لهم، وذلك يدل على أن للمرأة كامل الولاية فى اختيار الأكفاء.

(ب) ما ورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسها وأن ليس لأحد عليها من سلطان فى أمر الزواج ما دامت لم تختر من يتعير به ذووها، من مثل قوله ﷺ «الأيم أحق بنفسها من وليها» والأيم من لا زوج لها، وقوله ﷺ : «ليس للولى مع الثيب أمر». وذلك بلاريب يدل على أن نكاح الثيب بنفسها معتبر من الشارع

صحيح عنده؛ ولو كان زواجها لايجوز إلا بالولى، لكان له أمر منها، وذلك ينافى الحديث.

(جـ) أن الولاية على الحر لاتثبت إلا للضرورة؛ لأنها تتنافى مع الحرية، إذ مقتضى الحرية أن يكون الشخص مستقلا فى أموره مدبرًا لكل شئونه؛ لايحد من سلطانه فى شأن نفسه إلا أن يمتد تصرفه إلى غيره بضرر يناله؛ ومنع انعقاد النكاح إلا بعبارة الأولياء ولاية تثبت من غير ضرورة إليها، وتتنافى مع حرية البالغ الرشيد من غير حاجة ماسة، ولايحتج بثبوت تلك الولاية قبل الرشد؛ لأنها كانت للعجز بسبب نقصان المدارك، ولا عجز بعد البلوغ والرشد فتثبت كاملة، ويصح النكاح بعبارة النساء. ومن جهة ثانية قد قرر الفقهاء - إلا من شذ - بأن لها ولاية كاملة على مالها، فتثبت كاملة بالنسبة لزواجها، ولافرق بين الأمرين، ومناط كمال الولاية واحد فيهما؛ لأن مناط كمال الولاية بلوغ سن الرشد، وقد ثبت كمالها فى المال، فيثبت فى الزواج أيضًا. هذا، ومن جهة ثالثة قد ثبت للفتى بمجرد بلوغه عاقلا ولاية عقد الزواج بنفسه، فيثبت للفتاة بمجرد بلوغها عاقلة، بطريق القياس عليه، ولافرق بين الذكر والأنثى بالنسبة للزواج؛ فإذا كان الزواج خطيرًا، فهو خطير عليهما، وإذا كان فى الزواج احتمال ضرر بالأولياء، فهذا الاحتمال ثابت بالنسبة للفتى؛ لأن الولد إذا تزوج من خضراء الدمن يجر للأسرة عارًا، ويجلب لها شنارًا، فلامعنى لمنع انعقاد النكاح من النساء، وإجازته من الفتيان، إلا التفصيل من غير سناد يعتمد عليه (١).

١٧٦ - هذه وجهة نظر أبى حنيفة وبعض أصحابه فى صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة الرشيدة إذا اختارت كفؤًا. ووجهة نظر الجمهور فى منع انعقاد النكاح بعبارة النساء :

(أ) أن الله سبحانه وتعالى أضاف الإنكاح إلى الأولياء فى قوله تعالى : ﴿**وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم**﴾. [النور : آية ٣٢]، فالنكاح إذا أضيف للمرأة فى آى القرآن الحكيم فباعتبار أن آثاره ترجع إليها وإلى

(١) قد اعتمدنا فى بيان هذه الأدلة على أحكام القرآن للجصاص الجزء الأول، وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الثالث، والزيلعى الجزء الثانى، والبدائع الثانى، والفروق للقرافى الثالث.



زوجها، ولاترجع إلى الأولياء أحكامه، بل الذى يرجع إليهم منه إما العار وإما الفخار، وأما الإنكاح وهو إحداث عقد النكاح فقد أضيف إلى الأولياء، وهو نص فى إحداث عقد الزواج، ومثل ذلك فى قوله تعالى : ﴿**ولاتُنكِحوا المشركين حتى يؤمنوا**﴾، فى مقابل ﴿**ولا تَنكِحوا المشركات حتى يُؤمنّ**﴾. [البقرة : آية ٢٢١]. فلما كان الفعل متعلقًا بتولى صيغة العقد للرجل أضيف النكاح وأثره إليه، ولما كان الأمر متعلقًا بتزوج المشركين من نساء مسلمات، لم يجعل الخطاب للنساء بل لأوليائهن بالنهى لهم عن الإنكاح بأن يعقدوا للنساء اللائى فى ولايتهم عقدًا على مشرك، وفى كل هذا كانت إضافة الصيغة للرجل، مع أنها كانت تتعلق بالمرأة، ولاتتعلق بغيرها، فإذا كانت الإضافة تتكون لمن له الولاية، فالولاية للرجل، وليس فى القرآن كله عبارة تضيف الإنكاح إلى المرأة.

(ب) ما ورد فى الآثار من أنه ﷺ قال : «إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير» ومن أنه قال ﷺ : «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» أخرجه الترمذى وقال فيه: حديث حسن، وحديث ابن عباس «لانكاح إلا بولى وشاهدى عدل»، وغير ذلك من الآثار، وكلها يتأدى إلى معنى واحد، وهو أن النكاح لايعقد بعبارة النساء، بل الذى يتولى الصيغة وإنشاءه الرجل.

(جـ) إن النكاح عظيم الخطر، بعيد الأثر، عميق الغور فى حياة الرجل والمرأة، يربط أسرتين، ويؤدم به بين شخصين بحياة سعيدة، إن سعدا به، وهو بالنسبة لأسرة المرأة إما أن يجر خزيًا، وإما أن يجلب شرفًا، فأسرة المرأة ينقصها زواج فتياتها من الخسيس، والرجل لاينقصه ولاينقص أسرته أن يتزوج من الخسيسة؛ لأن عقدة النكاح بيده يصلها إن أسعدته، ويفصمها إن أشقته؛ لذلك كان لابد من اشتراك أولياء المرأة معها فى الرأى، ولايصح أن تنفرد دونهم لأن عقبى الزواج لاتعود عليها وحدها، بل تتعدى إليهم إما بالاطمئنان والقرار، وإما بالألم والعار، ولا يصح إذن أن تقاس حالها على حال الرشيد، لأن زواجه لايتعدى ضرره أو سعادته إلى غيره إلا برشاش قليل، لايجلب ذلا، ولايتبع عزًا.

ثم إن معرفة أحوال الرجال، ومكنون نفوسهم، وخفايا شئونهم، لاتتم إلا بالممارسة والمخالطة؛ وتقصى أحوالهم والاتصال بهم، ومعرفة كفاءتهم للمرأة فى الزواج تستدعى كل هذا، وهى لاتتم للمرأة التى تقر فى بيتها، وتكن إلى أهلها، بل حتى التى تغشى الأسواق، ولاتتمنع عن مخاطبة الرجال، بل لاتتم هذه المعرفة إلا للأقران والمعاشرين والمخالطين، ومن السهل على الرجل أن يتعرف بهم ويستقصى أخبارهم، وله من هدوء النفس والاطمئنان ما يجعله يوازن ويقايس، حتى يصل إلى اليقين الجازم، أو الظن الراجح. أما المرأة فقد تدفعها غرارتها أو سذاجتها، أو الرغبة الجامحة إلى أن ترى حسنًا من ليس بالحسن، وكفؤا من ليس بالكفء، وكثيرًا ما يحدث ذلك عندما يطلق الحبل على الغارب، فكان من مصلحتها أن يشترك غيرها معها فى ذلك الأمر الجليل الذى يمتد إلى حياتها كلها فيسعدها أو يشقيها. ولابد إذن من أن يكون وليها معها فى عقد زواجها.

وإن عقد الزواج عقد ينظر إليه الإسلام، بل كل الشرائع نظرة التقديس فليس كالصفقة فى الأسواق وما يشبهها من العقود؛ لأنه يتعلق بالأبضاع والأنساب، وحفظ النوع الإنسانى على أكمل وجه. فكان لابد أن يحوطه الشارع ببعض الأمور الشكلية، فجعل الإعلان أساسًا لانعقاده. وكذلك جعل من تقديسه ألا يتولى عبارته إلا الرجال، وعرف الناس فى كل الأعصار يسير على هذا، ومن يخالفه ينظرون إليه نظرهم إلى من يشذ فى تصرفه، ويخرج عن الحد الذى ينبغى لذلك العقد من التقديس والتقدير، ولقد قال ابن تيمية فى هذا المقام ما نصه : «أمر بالولى والشهود ونحو ذلك مبالغة فى تميزه عن السفاح، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا، حتى شرع الصوت بالدف والوليمة الموجبة لشهرته؛ ولهذا جاء فى الأثر : المرأة لاتزوج نفسها، فإن البغى هى التى تزوج نفسها، وأمر فيه بالإشهاد أو بالإعلان أو بهما جميعًا» [1].

١٧٧ ـ هذا هو الأمر الذى اختلف فيه الفقهاء بالنسبة لكمال أهلية المرأة من حيث العقود، وليس الاختلاف فى إجبارها؛ لأن أحدًا لم يجز إجبار البالغة

(١) الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية فى بحث العقود والشروط. وقد استخلصنا هذه الأدلة من بداية المجتهد الجزء الثانى، وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الثالث، والفروق الجزء الثالث، والبدائع الجزء الثانى.



الرشيدة، إنما الخلاف فى أن لها أن تنفرد بإنشاء صيغة الزواج دون الأولياء أولا، وبعبارة أدق، أتصلح عبارتها لإنشاء عقد النكاح أم لا. أما إجبارها فليس لأحد عليها من سلطان فيه فلها أن ترفض من تشاء، ومن تختاره إن كان كفؤًا وامتنع الأولياء عن العقد كان ذلك ظلمًا منهم وعضلا، فترفع الأمر إلى القاضى ليتولى هو إنشاء صيغة العقد أو ينيب غيره، فهو ولى من لا ولى له، وقد تنحى هؤلاء عن ولايتهم بظلمهم، فيتولى هو دونهم.

أما الأمر الثانى، فهو اختلافهم فى كمال ولايتها المالية، وهو اختلاف أقل ذكرًا من الأول، وأهون خطرًا، بل يروى أنه موضع إجماع لاخلاف فيه، ولكن الأصح رواية الخلاف، وجمهور الفقهاء على أن المرأة البالغة الرشيدة لها الحرية التامة فى كل مالها، ليس لأحد عليها من سلطان، سواء أكان وليًا أم زوجًا، لأن الرجل والأنثى بالنسبة للأموال سواء، وخالف الجمهور مالك رضى الله عنه فى رواية عنه، وكانت مخالفته للجمهور فى موضعين :

أحدهما : بالنسبة للبكر البالغة، فهو يرى أن الحجر يستمر ولو بلغت عاقلة، حتى تتزوج ويدخل زوجها بها، وهى بذلك مخالفة للغلام، لأنه يرى أن رشدها لايتم إلا بذلك، لكونها فى حال بكارتها محجوبة، لاتعانى الأمور، ولاتبرز للناس. والفتى حاله غير حالها، فإنه بتصرفه وملاقاته للناس من أول نشأته إلى بلوغه حصل له الاختيار، ويكمل عقله بالبلوغ، إن أونس منه الرشد، فيحصل الغرض، ويتم مقصد الشارع. ويستمر الحجر على الفتاة ما لم تتزوج إذا كانت ذات أب أو إذا كانت يتيمة، فالوصى يستمر قائمًا على مالها حتى تتزوج أو تعنس، وعماد مالك فى مخالفة الجمهور أنه لم يعتبر البكر رشيدة ولا مؤنسًا رشدها. والله قد ناط ولاية المال بإيناس الرشد، فى قوله تعالى : ﴿**فإن آنستم منهم رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾. [النساء : آية ٦]. ولا حجة له سوى هذا، ولذا لايعد قوله راجحًا، بل روى عنه الموافقه لجمهور أهل الفقه فى هذا، لأن الفتى والفتاة فى السلطان على المال سواء.

الموضع الثانى : أن مالكًا يرى أن المرأة المتزوجة الرشيد لها أن تعقد صفقات فى مالها، فلها أن تعقد كل عقود المبادلات، ولكن ليس لها التبرع من مالها بغير

إذن زوجها بأكثر من الثلث، وهو رواية عن الإمام أحمد رضى الله عنه، وعماد هذا القول أنه روى أن امرأة كعب بن مالك أتت النبى بحلى لها، فقال لها ﷺ : «لايجوز لامرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعبًا ؟ فقالت : نعم. فبعث إليه رسول الله ﷺ، فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ قال : نعم، فقبله» ولأن للزوج بعض الحق فى مالها، إذ العادة أن المهر يزيد وينقص تبعًا لزيادة مالها ونقصه، فله بهذا الاعتبار فيه نوع من الحق، فصارت كالمريض فى تعلق حق الورثة بماله.

وهذه كما نرى حجج لاتقف أمام عموم النصوص التى جاءت بشأن الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء، والحديث الذى يعتمد عليه ينكره أكثر العلماء، ولقد رد ابن حزم على مالك ردًا قويًا مظفرًا فى المحلى. جاء فيه : «أما قول مالك فلا نعلم له متعلقًا لا من القرآن ولا من السنن، ولا من رواية سقيمة، ولا من قول صاحب ولا تابع، ولا أحد قبله إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز، قد صح عنه خلافها، ولا من قياس، ولا من رأى له وجه» ثم يرد قياس المرأة على المريض، ويثبت بطلانه بوجوه :

أحدها : أن المرأة صحيحة ولايصح قياس الصحيح على المريض.

وثانيها : أنه لاعلة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريض، ولاشبه بينهما.

وثالثها : أنه لاتشابه بين تبرع المرأة فى زعمهم، وتبرع المريض لأن المريض ممنوع من أكثر من الثلث، أما المرأة فيصح أن تتبرع ثلثًا بعد ثلث [١].

وفى الحق أن رأى مالك رضى الله عنه رأى متهافت لايعتمد على سناد قوى من نص، ولامصلحة مرسلة، ولا استحسان مستقيم، ولاقياس يقوم على مناط محكم منتج [٢].

---

(١) راجع المحلى، الجزء الثامن، ص ٣١٣، ٣١٤.

(٢) هذه صفحة من صفحات الشريعة الإسلامية قد أعطيت فيها المرأة حرية كاملة، بينما أكثر الشرائع الأوروبية لم يعطها تلك الحرية، فى الزواج والمعاملات المالية، فالشريعة الفرنسية لم تعط الفتاة ولا الفتى =



المريض مرض الموت

١٧٨ ـ لقد قرر الفقهاء أن حق الورثة والدائنين يتعلق بأموال المريض مرض الموت، الدائنون ليستوفوا ديونهم، والورثة ليسلم لهم حقهم فى الثلثين، ولكيلا يؤثر أحد الورثة على غيره بأكثر مما أعطاه الله، فقد فرض الله الفرائض، وقسم المواريث بقسمته العادلة؛ لهذا كان المريض ممنوعًا من كل تصرف يؤدى إلى الإضرار بالدائنين أو بالورثة، كل فيما له من حق، بيد أن له حقوقًا تتعلق بماله، وحاجات تقضى منه، وضرورات تدفعه إلى الأخذ، فوجب إذن مراعاة حاجاته الشخصية، ومراعاة حقوق الدائنين والورثة. ولذا كانت عقوده وسائر تصرفاته الشرعية خاضعة لهذين العاملين، فإن كان تصرفه من حاجاته الخاصة أو يتصل بها كان خارجًا عن دائرة المنع ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة، ومالايعتبر من الحاجات الشخصية، وفيه مس بحقوق الدائنين والورثة، فهو محل المنع، حتى يجيز الدائنون أو الوارثون، هذا إجمال للنظرية العامة التصرفات المريض، وهو إجمال لايغنى عن التفصيل، بل لابد من التفصيل لتستبين النظرية محددة الأجزاء، واضحة المعالم.

= حرية اختيار القرين قبل الخامسة والعشرين للفتى والحادية والعشرين للفتاة فلايجوز زواجهما من غير رضا الولى قبل هذه السن، وبعد هذه السن إلى الثلاثين لابد من استئذان. وأين هذا مما أعطته الشريعة للزوجين من حرية الاختيار فى الزواج. وأما فى المعاملات المالية فالشريعة كما ترى أعطت المرأة حرية كاملة فى إدارة أموالها باتفاق الفقهاء وشذ مالك رضى الله عنه فى تقييدها بالثلث فى التبرعات، فلاتتبرع عنده بأكثر من الثلث، أما الشريعة الفرنسية التى يقدسها القانونيون فى مصر، فالمرأة المتزوجة ناقصة الأهلية فى المعاملات المالية، فلاتستطيع أن تدبر مالها الخاص بها، ولا الأموال التى تكون شركة بينهما وذلك على حسب ما يقتضيه الزواج بينهما، بل إدارة أموال الشركة للزوج فيها مطلق الحرية، وليس لها من إدارتها إلا ما يأذن به، وإدارة أموالها أيضًا لاتكون إلا بإذنه، فالمتزوجة عندهم لاتدبر أموالها مهما تكن بالغة عاقلة رشيدة تحمل أرقى الألقاب العلمية، ويجلس للاستماع إلى دروسها جهابذة العلم، ولو كانت لها شباة قلم تخفض وترفع، فلقد نص قانونهم الأمثل !! على أنه ليس للمرأة المتزوجة أن تتصرف فى حر مالها ببيع أو شراء أو رهن أو هبة أو بغير عوض، إلا إذا كان معها زوجها فى العقد أو أجاز لها ذلك كتابة، إلا إذا كانت تاجرة محترفة، وليس لها أن تخاصم أمام القضاء من غير إذن زوجها فى شأن من شئون مالها، ولو كانت قبل زواجها محامية تذود عن الحقوق وتحميها، ومع ذلك لايزال من صفقائهم ومن عبيدهم فى الشرق من يزعم أن الشريعة الإسلامية تجعل المرأة بمنزلة الرقيق، والشرائع الأوروبية تجعلها بمنزلة الحر !!.

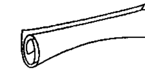
وقبل أن نخوض فى تفصيل المجمل نبين حقيقة مرض الموت :

١٧٩ - إذا أردنا أن نعرف مرض الموت تعريفًا نبين به حقيقته وماهيته أو خواصه وأوصافه نجد أنفسنا أمام سيل من التعريفات المختلفة للفقهاء، غير أن المتتبع لهذه التعريفات المختلفة فى عباراتها، المتضاربة فى ظواهرها، يجد معنى لايختلفون فيه، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران : **أحدهما)** أن يكون مرضًا يحدث منه الموت غالبًا؛ **و(ثانيهما)** أن يموت الشخص بالفعل موتًا متصلا به [(١)]، فلا تكاد تجد اختلافًا بين الفقهاء فى أن هذين الأمرين لابد من تحققهما لكى يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت، ولكن اختلاف التعريفات إنما يدور حول الأمارات والأوصاف الظاهرة التى بها يتبين أن المرض مشتمل على الوصف الأول، وهو إحداثه للموت غالبًا، فمن قائل إن من أماراته أن يكون الشخص صاحب فراش، وهو الذى لايقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاده الأصحاء، ومن قائل إن علامته ألا يخطو الشخص ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره، ومن قائل إن أماراته ألا يقدر على الصلاة قائمًا، ومن قائل إن أماراته أن يعجز الشخص عن الإشراف على مصالحه خارج الدار إن كان ذكرًا، وإن كان أنثى يعجز عن رؤية مصالحه داخل الدار [(٢)]، وهكذا تختلف تعريفات الفقهاء، لا عن اختلاف فى حقيقة مرض الموت، ولكن للاختلاف فى أماراته، ولكن المعنى المقصود فى مرض الموت أن يكون الشخص فى حال يغلب فيها الهلاك، ويتوقعه هو، وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود.

---

(١) الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك، وقد جاء فى معنى ما قلنا فى ابن عابدين ما نصه فى بيان أن كون المريض صاحب فراش ليس بشرط : «وفى نور العين قال أبو الليث : كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضًا بل العبرة للغلبة، لو الغالب من هذا المرض الموت، فهو مرض الموت، وإن كان يخرج من البيت، وبه كان يفتى الصدر الشهيد، ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر فى الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك غالبًا لاكونه صاحب فراش».

(٢) ولقد أخذت محكمة الاستئناف العليا الشرعية بذلك فى بعض أحكامها، فقد حصل طلاق وادعى أنه فى مرض الموت، ولكن ثبت من وثيقة الطلاق أن المتوفى انتقل إلى دار المأذون، فأخذ من هذا أنه لم يكن مريضًا مرض الموت، راجع حكم المحكمة العليا الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤.



١٨٠ ـ ولقد لاحظت بعض المحاكم الأهلية ذلك المعنى وجعلته مناط تقديرها، لأن منعه من التصرفات هو خشية أن يكون تصرف ذلك التصرف لإيثار بعض الورثة أو بعض الدائنين أو حرمان الدائنين من ديونهم [١]، وهذا نظر دقيق، بل هو روح الفقه فى مرض الموت، ولذا عبر فى الأصل عن محمد بأن مرض الموت هو الذى يخاف فيه الهلاك، فالمناط هو خوف المريض الهلاك، ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضى الذى ينظر فى أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره فى حال المرض ـ فى البحث عن الأمارات والشواهد التى تدل على حال المريض النفسية، ليعلم أهى حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها ؟ أم هى حال اطمئنان وقرار نفس ورجاء فى الحياة، وأمل فيها قد استغرق فى النفس واستولى عليها، لأنه إذا جعل القاضى كل عنايته فى تعرف ذلك، فقد سار على سمت الفقه، وروحه ولبه ومعناه فى مرض الموت، إذ المناط كما بينا فى تقييد تصرفات المريض مرض الموت هو الخشية من أن يكون قد تصرف فيما تصرف، لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم من بعد الوفاة.

---

(١) وقد جاء فى أسباب أحد أحكام محكمة الاستئناف الأهلية ما نصه : «ومن حيث إن هذه الحال النفسية وما اعترى إبراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه فى أكتوبر سنة ١٩١٠، ولازالت تشتد حتى وفاته فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢١ هى تلك الحال التى جعلته يتجرد وهو فى سن الأربعين سن النضوج الحقيقى جسمًا وعقلا وإدراكًا وإحساسًا من كل ما يملك أطيانًا ومنقولات وديونًا. وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس فى الحياة، والقنوط منها، حيث اعتقد أنه لابد مائت مما نزل به من اشتداد المرض، وخطورة الحالة، وهذا التصرف فى ذاته والخروج به عن كل ما يملكه أكبر دليل يقطع فى التدليل على مرض الموت، ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف، ويتجرد الإنسان كل التجرد مما يملك إذا كان فى حالة اعتيادية، وفى حالة مرض بسيط، ولكن إذا اشتدت به وطأة المرض، وشعر بدبيب الهلاك إلى جسمه تولاه عندئذ اليأس وخرج عن الحياة بما تمليه عليه رغباته، وهى متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض، وبعضها الآخر لمن حوله» حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ ـ وراجع مجلة القانون والاقتصادى «بحث الأستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى المنشور فى السنة الثامنة العدد الثالث» ولقد جاء مثل ذلك فى حكم آخر ففى أسبابه «وحيث إن أحمد أفندى . . . كان موظفًا، وكان فى ريعان شبابه، وله أمل فى الحياة وفى الرقى، فشخص هذه حالته لايمكن أن يجرد نفسه مما ملكت يده إلا إذا كان يشعر بدنو أجله، فأراد أن يؤثر ابنته على باقى ورثته» استئناف ٦ مايو سنة ١٩٣١، وراجع بحث المريض بمرض الموت المنوه عنه آنفًا للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى.

ولأن المناط الذى كان سببًا فى شرع الأحكام المتعلقة بالمريض، هو خوفه الموت كما بينا ـ ألحق بالمريض كل الأصحاء الأقوياء الذين يكونون فى أحوال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء، والموت على الحياة، والهلاك على النجاة، ومن هؤلاء :

(أ) المقاتلة إذا التحمت الطائفتان، ولم تستبن الطائفة القاهرة والطائفة المقهورة، أو استبان القاهر وكان من المغلوبين، ففى هذه الحال يكون الشخص فى حكم المريض مرض الموت، لأنه يترقب الموت فى كل آن، أو لايدرى أيقع على الموت أم يقع الموت عليه، فإن تصرف تصرفًا فيه ما يمس حقوق الدائنين أو الورثة ثم مات فى هذه الحال كان تصرفه موقوفًا على إجازتهم إلى غير ذلك مما يستبين سائر أحكامه.

(ب) من قدم للقتل، سواء أكان بسيف الجلاد قوادًا أو قصاصًا أو حدا أم بسيف ظالم عدوانًا، فهو فى حال يترقب التلف والهلاك، قد غلب عليه اليأس على الحياة، فهو كالمريض وإن لم يكنه.

(جـ) من ركبوا البحر فتموّج بهم واضطرب، واصطفق بالأذى، وجاءهم الموج من كل مكان، وظنوا أنهم أحيط بهم، وجاءتهم العواصف، حتى غلب عليهم أن لامنجاة لهم مما هم فيه، ففى هذه الحال يكونون كالمرضى، وإن لم يكونوا مرضى.

(د) المحبوس أو الأسير إذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين، وكذلك إذا جرى العرف بين الآسرين بقتل الأسرى، فلا من ولا فداء، بل قطع للرقاب وحصد للأرواح، ففى هذه الحال أيضًا يكون المحبوس والأسير، كالمريض مرض الموت. وهذا رأى أبى حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد، وأحد قولى الشافعى، ويروى أن الحسن البصرى كان يرى أن المحبوسين فى حبس الحجاج يسرى عليهم ذلك، لأنهم كانوا يزجون فى غياباته، فلا تعلم نفس ما أخفى لها من حياة أو موت، فيروى أن الحجاج لما حبس إياس بن معاوية قال الحسن البصرى : ليس له من ماله إلا الثلث، لأن من دخل سجن الحجاج ما كان يرجو له الحسن حياة [1].

---

(١) كان الحجاج طاغية من طغاة الدنيا عاتيًا قاسيًا، يروى أنه لما هلك وجد فى سجنه عشرون ومائة ألف =



(هـ) الحامل إذا أثقلت، وصار لها ستة أشهر، فإنها إذا وصلت إلى هذا الحد صارت تتوقع الولادة من وقت لآخر، والولادة حال تكون المرأة فيها بين الخوف والرجاء، وبين الحياة والموت،فربما كانت المرأة تخشى الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر بورثتها أو دائنيها، وقد أخذ بهذا سعيد بن المسيب، وعطاء، وقتادة، ومالك، وخالفهم إبراهيم النخعى، ومكحول، ويحيى الأنصارى، والأوزاعى، والثورى، وأبو حنيفة والشافعى، وقالوا إنها تتصرف تصرف الصحيح، حتى تكون فى المخاض، ففى هذه الحال تكون كالمريض، وذلك لأنها قبل ذلك لاتتوقع الموت، ولاترقبه بسبب الحمل، بل المعتاد الغالب المعروف أن الحامل تغلب الأمل على الخوف، وأحيانًا تكون مدة الحمل مدة استبشار وسرور، وليس من المعتاد أن تلد لستة أشهر، وإنها حتى قبيل الولادة المعتادة تكون فى حال سرور وآمال فيمن ترجوه لها قرة عين، حتى إذا دخلت فى المخاض وأصابتها آلامه، وهى مبرحة شديدة، فقد يعروها اليأس من شدة الألم، ويعروها انقباض النفس مما يمضها من ضروبه، ففى هذه الحال؛ يصح أن نقول إنها تخاف الموت وتتوقعه، فقد تتصرف حينئذ تصرفات تضر بالدائنين أو بالورثة فتكون كالمريض فى أحكامه.

وقال الزهرى والحسن البصرى والشافعى فى القول الثانى له أن الحامل فى تصرفاتها كالصحيح ولو كانت فى المخاض، لأنها لاتتوقع الموت، بل الاعتياد والإلف والرغبة فى الولد تجعلها دائمًا ترجح الأمل على اليأس، والرغبة فى الحياة، وبشرى الولادة وتوقعها تبعد عنها فكرة الموت، وإن كانت فى أشد الآلام.

= سجين لايعرفون ذنوبهم، ولقد مر على صرعاه فى السجن مرة فجاءوا إليه يشكون ويضرعون، فقال «اخسئوا فيها ولا تكلمون» ولقد كان رأى الحسن البصرى فيه يتفق مع ما عرف عنه من قسوة، يروى أن رجلا قال يوم مات الحجاج : امرأته طالق ثلاثًا إن دخل الحجاج الجنة، ثم راجع نفسه، فاستفتى الحسن. فقال له : اذهب وراجع امرأتك، إن دخل الحجاج الجنة لايضرك الزنى، فلا عجب بعد ذلك إذا رأى الحسن من دخل حبس الحجاج لايرجو الحياة، فيكون كالمريض مرض الموت وإن لم يكنه.

(و) المبارز إذا تقدم للـقاء مع القرن، ففى هذه الحال يكـون فى حال يخاف منها الهلاك غالبًا، فـيكون كالمريض، وتكون تصرفاته التى تمس الوارث أو الدائن مظنة الإضرار بها فتتوقف على إجازتهما [1].

١٨١ ـ وهناك أمـراض يمتـد زمنها ويطـول كالسل، والسـرطان، والشلل والجذام والبرص، ونحو ذلك من الأمراض التى يطول أمدها، فهل يكون الشخص فى مرض الموت مـهما يطل أمد الأمـراض ؟ قد أجاب الفقـهاء على ذلك بأنه إن طالت مدة المرض، وأصبح لايخاف الموت منه كالشلل بأن تقادم وألف من غير أن يخاف الموت بسـببه، فـفى هذه الحال يكون المريض كالصـحيح، لأن المناط، وهو خوف الموت الذى جـعل ظن المضرة يتـسرب إلى تصـرفاته ـ لا وجـود له، ولقد اختلفوا أيضًا فى أمارات المرض الذى إذا تقـادم أصبح لايخاف الموت منه، فمنهم من قال إنه هو الذى لايتزايد يومًا بعد يوم، بل يستمر على حال واحدة، كالشلل، ومنهم من قال إنه هو الذى يرجى البرء منه بالتداوى، كبعض أنواع الفالج، ومنهم من قال إنه ما استمر سنة فأكثر، وقد سار على هذا كثيرون من الكتاب فى الفقه، واختارته المجلة العدلية مع تقييده، فالمادة ١٥٩٥ نصها ما يأتى :

«مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت، ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجًا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، سواء أكان صاحب فراش أم لـم يكن، فإن امـتد مرضه، ومـضت عليه سنة، وهو على حال واحـدة، كان فى حكم الصحيح، وتكون تصـرفاته كتصرفـات الصحيح مالم يشتد المرض، وتتـغير حاله. ولكن لو اشتد المرض وتغيرت حاله، ومات قبل مضى سنة تعد حاله ابتداء من وقت التغيـر إلى الوفاة مرض موت» ا.هـ. وترى أن المجلة اشترطت لاعـتبار الشخص صـحيـحًا ألا يزداد المرض، وهذا رأى بعض الفقـهاء. فـهؤلاء يرون أن

---

(١) اعتـمدنا فى تعريف مـرض الموت على ابن عابدين الجزء الثـانى والزيلعى الثانى، وفتح القـدير الثالث، والمغنى السادس، وبحث الأستاذ الكبيـر الدكتور محمد كامل مرسى بك المنشور فى مـجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة العدد الثالث.

المرض إن امتد سنة لايعتبر الشخص فيه صحيحًا بمجرد الامتداد سنة، بل الشرط فى كونه لايخاف الموت منه ألا يزداد يومًا عن يوم، أما ما دام يزداد يومًا عن يوم، فهو مرض موت؛ لأن المريض فقد الرجاء.

وفى الحق أنه يجب أن يجعل لإخبار أهل الخبرة المقام الأول فى تقدير قوة تأثير المرض وامتداده، كما تجب ملاحظة الحال النفسية كما بينّا، فإذا أخبر الطبيب شخصًا بأن عنده مثلا سرطانًا لايرجى برؤه فإنه يصبح فى حال نفسية ترتقب الموت آنًا بعد آن إن لم يكن أخبره الطبيب برجاء العلاج أو بأن أمامه فسحة من الوقت لظهور آثاره، فإذا قرر الطب أن لارجاء فى الحياة ولا فى العلاج، ولم يعين مقدارًا من الزمن لقوة تأثير المرض فى الحياة، والمرض يزداد من وقت لآخر، ولم يثبت على حال واحدة، فالمريض مترقب للموت، فتكون تصرفاته مظنة الإيثار أو الإضرار، فلا يعتبر كالصحيح مهما يتطاول المرض، لأن تصرفه الذى يمس الورثة أو الدائنين مظنة أن يكون الدافع إليه إيثار بعض الورثة أو الإضرار بالدائنين (١).

١٨٢ ـ إلى هنا انتهينا من بيان حقيقة مرض الموت، والآن نتنقل لبيان القواعد التى تقوم عليها أحكام تصرفات المريض مرض الموت، وقد أشرنا إليه بالإجمال آنفًا.

يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب، فالحقوق تثبت له، وتثبت عليه كاملة غير منقوصة، وما يسقط من بعض الواجبات الدينية عنه، فإنما سببه عدم القدرة البدنية عليه، فلا تجب عليه مثلا الصلاة من قيام إن كان عاجزًا عنه، وليس مناط عدم وجوب مثل هذا كون المرض مرض الموت. بل المناط العجز البدنى عنه، ولو لم يمت الشخص من مرضه هذا. وعبارة المريض مرض الموت صالحة لكل العقود والتصرفات. لأنه عاقل رشيد كل الرشد. مادام خاليًا من العته

---

(١) اعتمدنا فى تعريف الامتداد على ابن عابدين الخامس فى أول الوصايا، والثانى فى طلاق المريض مرض الموت، وفتح القدير الثالث فى طلاق المريض مرض الموت، والبدائع فى أحكام العدة، وبحث الأستاذ الجليل كامل بك مرسى فى مجلة القانون والاقتصاد.

والسفـه فله أهلية أداء كاملة، وكـان مقتـضى هذا ألا يحجر عليـه فى أى تصرف يتصرفـه. وألا يتوقف أى عقد من عـقوده على إجازة غيـره، ولكن مرض الموت يؤدى إلى الموت، وينتهى به، والموت يوجد حقيقتين ثابتتين لامجال للشك فيهما: إحداهما : العجز المطلق، وثانيتهما : خلافة الوارث عن الميت فيما كان يملك من الأموال. والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لقيام حقوق غيره به، فتصير الديون التى كانت لغيره قبله متعلقة بماله. كما يثبت بالخلافة حق الوارث فى الأشياء التى تركهـا الميت، لهذا يثبت بالموت حق الغـرماء والورثة فى التركـة، ولما كان المرض الذى أفضى إلى الموت هو سببـه العادى. صار حق الغرماء والورثة متـعلقًا بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض، لأن الحـقوق تضـاف إلى أسبابهـا، وبيان ذلك أن الموت إذا اتصل بالمرض صار المرض موصوفـًا بأنه مميت، إذ الموت يحدث بضعف القوى شيئـًا فشيئًا. وترادف الآلام وقتًا بعـد وقت، وكل جزء من المرض مضعف لبعض القوى، وكل وقـت يمر بالشخص مريضًا هو جـزء من الطريق الذى ينتهى بالموت، فكان الموت إذن مـضـافـًا إلى المرض من وقت نزوله بالمريض. وصـارت مجموع أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال القوى الإنسانية له إلى تخاذلها عن احتـماله بمنزلة جراحات مـتفرقـة أدت إلى الموت، وعلى هذا يكون الموت قد ابتـدأ يدب فى الجسم من وقت حـلول المـرض به، وابتـداء العـجـز من ذلك الوقت، كمـا ابتدأت خـلافة الوارث فيـما يملك المريض من ذلك الـوقت أيضًا، وإذن فقـد ابتدأت الذمـة لاتصلح لتـعلق الديون بها فـصار حق الدائنين مـتعلـقًا بالأموال، لا بها كما أوجبت الخلافة التى ابتدأت بدبيب الموت فى جسم المريض، فيتعلـق حق الوارث بماله أيضًا. وعلى هذا الأساس قرر الفقهـاء أن حـق الغرماء فى استيفاء ديونهم، وحـق الورثة فى خـلافـة المـريض فيما يمـلك يتعلقان بأمواله مـن وقت مرضه، فـيكون حينئـذ قد تعلق بمال المريض مـرض الموت حق الدائنين وحق الورثة[1].

(١) راجع فى هذا المعنى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام، الجزء الرابع، ص ١٤٢٧، ١٤٢٨.

١٨٣ ـ بيد أن الحقين يختلفان فى معنى التعلق، فحق الدائنين الغرض من تعلقه بالمال التمكن من الاستيفاء، ولذا تعلق حق الدائن بمال المريض معنى لاصورة، بمعنى أنه لم يتعلق بأعيان الأموال وذواتها، ولكنه تعلق بماليتها أى مقدار ما فيها من مالية، وهو قيمتها التى يقومها به المقومون، ولذا يصح للورثة بعد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة من ديونهم، ويؤدوا الدين للدائنين؛ كما يصح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها، ويجبر الدائنون على قبوله، ولو كانت حقوق [1] الدائنين متعلقة بذوات التركة ما ساغ للورثة أن يأخذوا ويؤدوا الدين بغير رضاهم.

أما حق الورثة فهو لأجل خلافتهم عن المريض ويكون بعد الديون، وقد اختلف فقهاء الحنفية اختلافًا نظريًا فى تعلق حق الورثة بمال المريض إذا مات من مرضه. أهو حق الملكية من كل وجه بظهور أن المرض مرض الموت، أم حق الملكية من وجه دون وجه، أم هو حق الإرث لاحق الملكية؟ بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية قال : إن حق الوارث حق ملكية من كل وجه، ويتبين ذلك الحق بظهور أن المرض مرض الموت، وقال آخرون من المتقدمين أيضًا أن حق الورثة ملكية من وجه قبل الموت، لأنه إذا مات المريض ثبت الملك مستندًا إلى وقت ثبوت المرض، فقبل الموت كانت الملكية ثابتة من طريق الإسناد أو ما يعبر عنه الفقه الحديث بالأثر الرجعى، ويسمى ذلك المتقدمون حق ملكية من وجه، هو وجه الاستناد. والفرق بين هذا الرأى وسابقه أن الرأى الأول يقول إن ظهور كون المرض مرض الموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله، وهى أن الأعيان ملك الورثة. أما الرأى الثانى، فيقول إن الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث، ولكن الملكية تثبت مستندة إلى أول ظهور أعراض الفناء، وهو وقت حلول المرض، ومهما يكن من خلاف دقيق بين الرأيين، فهما متحدان فى أن الحق الثابت للورثة فى أموال المريض حق ملكية ـ هذا مذهب المتقدمين فى حق الوارث، أما مذهب المتأخرين فهو أن حق الوارث ليس حق ملكية، ولكنه حق فى الإرث والخلافة، وليس حق ملك، بل الملك يستمر لصاحبه، ولكل وجهة نبينها تتميمًا للموضوع :

---

(١) راجع فى هذا كشف الأسرار، الرابع ص ١٤٣١.

استدل المتقدمين فى ادعائهم أن حق الوارث حق ملكية على النحو السابق. بالحديث وبالإجماع، أما الحديث، فهو قوله ﷺ : «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم» أى تصدق باستبقاء ملككم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم : أخبر عن منة الله سبحانه وتعالى على عباده بأنه استبقى لهم الملك فى ثلث أموالهم، ليكون وسيلة إلى الزيادة فى أعمالهم بالصرف فى وجوه الخير، وآخر أعمارهم وقت مرض الموت، فدل هذا على زوال ملكهم عن الثلثين، إذ لو لم يزل لم يكن ليمن بالتصدق عليهم بالثلث. إذ لايكون التصدق بالثلث إلا حيث منعوا من غيره. وبذا فهم الصحابة والفقهاء جميعًا، وإذا كان المريض قد زال ملكه عن الثلثين، فإنه يئول إلى ورثته، لأنهم خلفاؤه فى أمواله، ولأنهم أقرب الناس إليه.

ولقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لعائشة ابنته وأم المؤمنين وهو فى مرض موته : لقد كنت نحلتك جاد عشرين وسقًا من مالى بالعالية، وإنك لم تكونى حزته ولاقبضته، وإنما هو اليوم مال الورثة [1]. فدل هذا بصريحه على أن حق الورثة فى مال مورثهم المريض هو حق الملكية، ولقد كان مثل هذا مما لايفتى فيه بالرأى، فلابد أنه سمعه من الرسول ﷺ.

وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة والفقهاء من بعدهم، على أن تبرع المريض مرض الموت لاينفذ فى أكثر من الثلث فى حق الأجانب، وتبرعه للوارث لاينفذ فى شىء إلا بإجازة الورثة، حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه، فدل عدم النفاذ على زوال الملك، وإذا زال إلى الورثة على ما قد بينا.

هذه أدلة المتقدمين فى ادعائهم أن الملكية للورثة تثبت من وقت ظهور مرض الموت. وأن حقهم هو هذه الملكية. وأما دليل المتأخرين الذين يقولون إن حق

---

(١) جده معناه قطعه وقدره، والوسق مقدار حمل بعير، فالمعنى وهبتك مقدار عشرين حمل بعير، ولكن لم تقبضيه، فلم ينتقل الملك إليك، وأنه ملك الورثة لأنه مريض. استدل بهذا الأثر على أمرين (أحدهما) أن الهبة لاتتم إلا بالقبض، لأنه قال : لم تقبضيه، فلم تملكيه، و(ثانيهما) أن أموال المريض مرض الموت ملك لورثته، وليس له إلا الثلث.

الورثة ليس حق ملكية، ولكنه حق الميراث والخلافة فقط. ولايصير حق ملكية إلا بالموت بالفعل فهو الإجماع على أن المريض إن تبرع بأكثر من الثلث نقض تبرعه بعد موته، فقولهم إنه ينقض دليل على أنه انعقد وأبرم وكانت له كل الآثار فى حال الحياة، وهذا يدل على أنهم ما كان لهم فى حياته الحق فى الملكية، وإنما حقهم فى الميراث وثبوت الملكية بعد الوفاة.

وهناك دليل آخر معقول، وهو أنه لو كان الوارث غير أهل للميراث وقت مرض الموت، ثم يصير أهلا عند الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثًا، ويكون له كل حقوق الوارثين، فلو كان حق الورثة فى الملكية وقت مرض المريض وقبل موته ما كان لهؤلاء الذين ورثوا ولم يكونوا أهلا للميراث (كعبد أعتق أو غير مسلم أسلم) حق فى الميراث؛ لأنه ملك باقى الورثة أيضًا. ولو كان الحق حق ملكية ما كان لهؤلاء الحق فى نقض ما تبرع به مورثهم، ولكن ثبت أن لهم الحق، ولايمكن أن يكون حق ملكية. وإذا لم يصلح حق الملكية تفسيراً لحقهم فهو حق فى الميراث بشرطه، وذلك كاف لإثبات كل هذه الحقوق التى للوارث [1].

وإن إعطاء الوارث حقًا فى مال المريض حال حياته؛ إنما هو فرض وأمر اعتبارى، لكى يستقيم منطق الأحكام، وتنسق المبادئ الفقهية، إذا كان الحق فى إجازة بعض التصرفات التى تصرفها الميت فى مرض موته، ولاتنفذ إلا بإجازته مع صدورها فى حياة صاحبها، فإنه إذا كان له ذلك بعد الوفاة فلابد أن نفرض له حقًا حال الحياة، حتى يمكن أن يعود بالنقض على هذه التصرفات، ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التى يتصور معها ثبوت حق الإجازة بعد الموت، فيكتفى فى ذلك بفرض حق الإرث له فى حال حياة المورث، لأن الأمور الفرضية لاتفرض إلا بمقدار الضرورة الفكرية التى تضطر الباحث إلى فرضها، ليستقيم منطق الأحكام، وتأخذ المبادئ بعضها بحجز بعض.

١٨٤ ـ وحق الورثة سواء أكان حق ملك كما يقول المتقدمون أم حق الورثة فقط كما يقول المتأخرون يتعلق بثلثى التركة فقط. أما الثلث فهو حق خالص

---

(١) اعتمدنا فى هذا الخلاف وأدلته على البدائع، الجزء الثالث، ص ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، وقد استنبطنا بعض هذه الأدلة من ثنايا السطور استنباطًا.

للمريض مادام لم يكن عليه ديون، فإن كانت عليه ديون، فحق الدائنين مقدم، وحق الورثة فى ثلثى الباقى بعد إيفاء الدين، والمريض له ثلث الباقى بعد الدين، لأنه لاتركة إلا بعد وفاء الدين. أما قبل وفاته فالحق للدائنين، وقد بينا أن حقهم متعلق بمالية التركة لا بذواتها. بمعنى أنه إن سلمت لهم قيمة التركة من الورثة، فليس لهم أن يطالبوا بما وراء ذلك. أما حق الورثة فقد قال الصاحبان إنه متعلق أيضًا بمالية التركة لا بأعيانها سواء كان ذلك بالنسبة للأجنبى أم بالنسبة للوارث، ولذلك يصح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت لوارثه بمثل القيمة. لأن ذلك لايضر بحق الورثة إذا سلم لهم حقهم، وهو قيمة الجزء المبيع من التركة. وقال أبو حنيفة : يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية وذات التركة، أو كما يعبر الفقهاء متعلق بالأموال صورة ومعنى. وذلك لأن حقهم فى تصرف المريض مع غير وارث سببه أن يضمنوا سلامة ثلثى التركة لهم، وثلثا التركة يقدران بالقيمة، فصار الحق متعلقًا بقيمة التركة، أى بمعناها أو بماليتها لابصورتها وأعيانها. أما حقهم فى منع تصرفه مع الوارث فسببه أن يضمنوا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض، لأن الله يوزع المواريث فى كتابه، وكل من قصد غير ما فى كتاب الله تعالى رد عليه قصده، وأن الإيثار كما يكون بالمحاباة بأموال يقدمها، يكون بأعيان يختارها له، ولو أعطاها إياه بقيمتها، فخشية أن يكون قد حاباه بأن اختار له عيون ماله، ولو باعها له بقيمتها أو أكثر جعل للورثة حق فى أعيان التركة وذواتها، بالنسبة للوارث، وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة بعضهم مع بعض تسير على نظام منطقى واحد، إذ إن أحد الورثة لو أراد أن يختص بإحدى أعيان التركة بقيمته لايتم له ذلك إلا برضا الورثة، لذلك إذا أراد المورث فى آخر حياته، وقد تعلق بالتركة حق الإرث - أن يختص أحد ورثته ببعض أموال التركة بقيمته كان لابد من رضا باقى الورثة، وبهذا تبين أن حق الورثة بالنسبة لتصرف المريض مع بعضهم البعض متعلق بالتركة صورة ومعنى [1].

---

(١) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع، ص ١٤٢٩، ونقل فى شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمالية، لابعين بالتركة، وأطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبى، وحال التصرف مع الوارث، ولم يذكر خلافًا ص ١٣، ١٤.

وحق الورثة وحق الدائنين إنما يتعلقان من التركة بالجزء الذى يكون بعد قضاء حاجات المورث فى الحياة، وما يلزم لتجهيزه بعد الوفاة [1]، فحق التداوى، وما يلزمه من حاجات شخصية وما يتطلبه من طعام وفراش وغير ذلك لايصح أن يمنع منه، لأن حقه فى قضاء مصالحه من ماله قبل كل حق سواه، وليس لأحد عليه من سبيل فيه.

١٨٥ ـ إلى هنا بينا حق الدائن والوارث فى مال المريض، وحق المريض فى ماله، ولننتقل إلى آثار هذه الحقوق كلها فى تصرفات المريض، فنرى أحيانًا حقه يغلب فى التصرف فيجوز، وأحيانًا نرى حق الدائنين فى استيفاء ديونهم يغلب فيمنع، وإن لم تكن عليه ديون مستغرقة للتركة يغلب حق الوارث فى حماية ثلثيه من تبرعات تتجاوز الثلث إليهما، ولذا يكون الحجر على التصرف الذى يظن أنه يمس الدائن والوارث، وليس فيه سد حاجة شخصية للمريض، فتلك الدائرة هى موضع الحجر، والمنع، وهى دائرة مرنة غير واضحة الحدود والمعالم، ولقد كان ذلك دافعًا لأن تجعل الشريعة أكثر أحكام المريض للاحتياط، واتخذت الشبهة فى بعض هذه الأحكام ذريعة للمنع، كما سترى فى الإقرار للوارث، ونحو ذلك، وخلاصة القول فى التصرفات الممنوعة والتصرفات غير الممنوعة من تصرفات المريض أن التصرفات الجائزة التى لاتحتاج إلى إجازة الورثة هى التصرفات التى لاتعد من التصرفات المالية وإن جاء المال فيها تبعًا، والتصرفات المالية التى تكون إشباعًا لحاجة من حاجاته الحيوية، والتصرفات التى لاتمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها أو أرباحها.

١٨٦ ـ وعلى ذلك تنفذ تصرفاته الآتية، ولاتحتاج إلى إجازة الورثة بعد وفاته :

(أ) النكاح : فينعقد النكاح من المريض نافذًا غير متوقف على إجازة أحد، ولو مات فى مرضه هذا ما كان لورثته أن يتعرضوا لزواجه بنقض [2]، ويثبت

---

(١) راجع شرح السراجية.
(٢) جامع الفصولين الجزء الثانى فى أحكام المرضى.

لزوجه مهرها بشرط ألا يزيد عن مهر المثل، فإن زاد أخذت الزيادة حكم التبرع، وإن مات وهى زوج له فالزيادة حكم الوصية للوارث على ما ستعلم، وإذا تزوجها بمهر المثل أو أقل منه أو لم يسم شيئًا يثبت لها ما سمى أو مهر المثل، ويكون دينًا عليه فى حكم ديون الصحة، وهى التى تثبت عليه فى صحته أو فى مرضه ببينة صحيحة، ولم تثبت بإقراره منفردًا. وإنما جاز نكاحه، لأن النكاح من التصرفات التى لايعد المال فيها مقصودًا، وقد ذكرنا أن تصرفاته غير المالية تثبت كلها من غير حاجة إلى إجازة أحد قبل الوفاة أو بعدها، وكما يصح زواجه يصح طلاقه، وتطلق امرأته غير أنه إن طلقها بائنًا من غير رضاها تستحق ميراثها ويعتبر فارًّا، غير أن استحقاق الميراث مقيد بموته فى العدة عند أبى حنيفة وأصحابه، ومقيد بعدم زواجها بغيره قبل موته، عند أحمد وابن أبى ليلى وغير مقيد بشىء عند مالك، وقال الشافعى : لا تستحق الميراث [١].

(ب) شراء الأدوية وحاجاته التى لايستغنى عنها، سواء أكانت من أجنبى أم من وارث ما دام لم يكن هناك محاباة فى الشراء بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس به عادة، وفى شراء ضرورياته من الوارث اضطربت عبارات الكتب، ولكن الصحيح أن شراءه ما يلزمه من وارثه صحيح مادام لامحاباة فيه، وقد جاء فى جامع الفصولين ما نصه : «إن مريضًا لو اشترى من وارثه بمعاينة الشهود ثمنه جاز كشرائه من أجنبى، والوارث يخالف الأجنبى فى الإقرار. أما فيما ثبت عيانًا فهما سواء، ولم يذكر خلاف، فهذا دل على جواز شراء المريض من الوارث عند الكل» [٢]. ومن هذه العبارة يستفاد أن مطلق شراء من الوارث يصح مادام خاليًا من المحاباة، ويثبت الثمن دينًا على المريض إذا كان الشراء بمعاينة الشهود، وبذلك يختلف عن الإقرار بالدين للوارث [٣].

(جـ) الإجارة والإعارة، فيملك المريض أن يؤجر لغيره، وأن يعير الأعيان من تركته لغيره، وليس لورثته بعد موته أن يعودوا على إجارته فينقضوها، وعلى

---

(١) راجع كتاب الأحوال الشخصية المطول لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك.

(٢) راجع جامع الفصولين الجزء الثانى فى بيوع المريض مرض الموت.

(٣) قد رأينا كثيرًا من كتاب الشريعة فى عصرنا يذكرون أن أحكام الشراء من الوارث كأحكام البيع منه من كل الوجوه، وذلك لايخلو من تسامح.

من أعار له عينًا مدة أن يطالبوه بعوض ما انتفع، وذلك لأن له التصرف المطلق فى المنافع، إذ حق الورثة متعلق بأعيان التركة وحق الدائنين متعلق بقيمة هذه الأعيان على نحو ما بينا، فليس حق واحد من الفريقين متعلقًا بالمنافع، فالمنافع خالصة لصاحب الأموال، ومن جهة ثانية فالمقرر عند أبى حنيفة وأصحابه أن العقود على المنافع تبطل بمجرد موت أحد العاقدين [1]، فإذا مات المريض فى مرضه فقد بطلت من تلقاء نفسها إجاراته وإعاراته، فالعقود على المنافع إذن لاتمس حقوق الورثة فى حال من الأحوال فى مذهب الحنفية، فلا حاجة إلى إجازتهم، مثل الإجارة، والإعارة والمزارعة والمساقاة، لأن هذه كلها عقود على المنافع وهى سائغة له لايتصل بها حجر.

(د) عقود الشركة: فإذا عقد شركة مع غيره، فالعقد صحيح ولو كان فيه غبن عليه بالنسبة للربح، لأن حقوق الورثة والدائنين تتعلق برءوس أموال الشركة، ولاتتعلق بأرباحها، إذ أرباحها كمنافعها لصاحبها، إلا إذا تسلمها أو دخلت ملكيتها فى ذمته، ففى هذه الحال تصير جزءًا من رءوس أموال التركة، وقبل ذلك فهى غيب، وإن عقد الشركة فى ذاته لايضير الورثة فى شىء، لأنه بمجرد وفاته يبطل العقد، لأن عقود الشركات جميعًا تتضمن التوكيل، لأنه يكون كل واحد من الشريكين وكيلا عنه وبموت أحدهما ينعزل الحى عن وكالة الميت، فيبطل عقد الشركة المتضمنة للوكالة. وعلى ذلك إذا ضارب المريض بأن دفع جزءًا من ماله لغيره ليعمل فيه، ويكون الربح بينهما مناصفة مثلا صحت المضاربة وكان الربح مناصفة، ولو كان فى ذلك غبن على المريض، لأن ذلك ربح، ولاحق للدائنين أو الورثة فى الربح قبل دخوله فى ملك المريض. ولقد جاء فى جامع الفصولين ما خلاصته: «مريض دفع ألفًا إلى شخص على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان فربح ألفًا فمات، وأجر مثل العامل أقل من حصته فى الربح، وعلى المالك دين محيط فللمضارب نصف الربح يبدأ به قبل دينه، لأنه متبرع بمنفعة ماله، إذ

---

(١) خالف أبو حنيفة بقية الأئمة، فقد قرروا جميعًا أن عقد الإجارة لوارث كعقد البيع، لأنه عقد لازم والعقود اللازمة لاتبطل بموت أحد العاقدين. والقانون المدنى على هذا فى إجارة الأشياء، إلا ما استثناه منها.

الربح ليس بمتولد من ماله، وله أن يتبرع بمنفعة ماله، إذ حق الغرماء والورثة لايتعلق بالمنافع. وإذا لم يسم للمضارب شيئًا. فله أجر مثله يضرب مع الغرماء. إذ حقه يجب دينًا بسبب لاتهمة فيه. وكذا كل مضاربة فاسدة يجب فيها أجر» [1].

(هـ) الخلع. فالخلع من المريضة صحيح، ولو ماتت فى مرض موتها ولكن بالنسبة لبدل الخلع يخشى أن تكون قد آثرته من بين ورثتها به، ومن جهة ثانية يعتبر تبرعًا من ناحة، فيأخذ حكم الوصية على ما سنبين، ولذلك إذا ماتت فى العدة كان الذى يستحقه المخالع الأقل من هذه الأمور الثلاثة :

١ ـ ميراثه منها لو كانت زوجًا له.

٢ ـ ثلث تركتها.

٣ ـ بدل الخلع المذكور فى المخالعة فيأخذ أقل هذه الأمور الثلاثة مقدارًا. وإن ماتت بعد العدة استحق الأقل من ثلث التركة وبدل الخلع، أى أنه يأخذ بدل الخلع بشرط ألا يزيد عن ثلث التركة [2].

١٨٧ ـ هذه هى التصرفات التى لايرد عليها الحجر إلا بالقيود، وفى الأحوال التى ذكرناها، أما التصرفات المالية الخالصة التى تمس رأس مال التركة بالنقص فتلك هى موضع الحجر، وموضع المنع بالقدر الذى لايضار معه دائن ولا وارث، ولايصادم أهلية المريض من حيث ثبوت أصلها، فهو يثبت بمقدار ما يدفع الضرر عمن يحتمل أن يناله الضرر، بإعطائه الحق فى إجازة التصرف، وإن كان التصرف يمس حقه، وإن كان لايمس حقه فهو بمنجاة من رفضه، أو إجازته، واشترط لثبوت هذا الحجر أمران :

---

(١) وتراه فرق بين ما إذا كان المضارب قد اشترط مقدارًا شائعًا من الربح، وبين ما إذا كان قد استحق أجرة، فالأول يكون حقه أسبق من الدائنين لأن حقه متعلق بعين الربح، والثانى يكون حقه دينًا، فيكون كسائر الديون.

(٢) راجع جامع الفصولين الجزء الثانى فى أحكام المريض، . وكتاب الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك.

أحدهما : أن يكون التصرف قد صدر فى مرض يغلب فيه الهلاك، كما بينا.

وثانيهما : أن يموت الشخص فى مرضه هذا، وعلى ذلك إذا تحقق أحد الأمرين دون الآخر بأن صدر التصرف من الشخص فى المرض، وقبل أن يتحقق الثانى وهو الموت، فما لأحد على تصرفه من سبيل، لأن تحقيق كون المرض مرض موت لم يتم، ولا حجر قبل أن يتبين ذلك. فإذا مات الشخص فى هذا المرض تحقق الأمر الثانى، فيثبت المنع مستندًا إلى وقت المرض بأن تعرض كل التصرفات التى صدرت من ذلك الوقت على الوارث أو الدائن إذا كانت تمس ما لهذا من حق استيفاء الدين، وما لذاك من حق الإرث، ويكون المريض فى هذه التصرفات كالفضولى، ولهؤلاء أن يجيزوها فتمضى أو لايجيزوها فتبطل، وفى حالة إجازتها تكون صحيحة مستندة إلى صحتها إلى وقت صدورها وإذا لم يجيزوها بطلت.

ولقد قسم الفقهاء أقوال المريض التى تمس الدائنين والورثة إلى قسمين : أقوال إخبارية تثبت حقوقًا مالية، وهى إقرارات المريض، والثانى تصرفات إنشائية تثبت حقوقًا مالية لم تكن ثابتة من قبل.

١٨٨ ـ وحكم إقرار المريض أنه إن كان لأجنبى كان صحيحًا، غير أنه يتأخر عن استيفاء الديون التى تكون ثابتة من غير إقرار، وهى الديون التى تسمى ديون الصحة، وهى تشمل الديون الثابتة قبل المرض بإقراره فى صحته، أو التى تثبت بعد المرض بحجج وبينات، أو التى باشر أسبابها وقت المرض وعاينته شهود كقرض اقترضه أو ثمن أشياء اشتراها، أو مهر نكاح عقده فى مرضه، أما ما ثبت من الديون بإقرار المريض فى مرضه فإنه يسمى دين المريض، ويكون متأخرًا فى الأداء عن ديون الصحة.

وإن كان الإقرار بدين لوارث فلا ينفذ إلا إذا صدقه الورثة، لأنه عسى أن يكون ذلك الإقرار لإيثار ذلك الوارث بهذا المقدار من التركة، والوارث الذى لايصح الإقرار له هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار، وكان وارثًا بالفعل عند الوفاة، فإذا أقر لامرأة لم تكن زوجًا له ثم تزوجها نفذ إقراره، لعدم قيام سبب الإرث عند الإقرار، وإذا أقر لأخيه، وله ابن يحجبه عند الإقرار ثم مات ذلك

الابن قبل أبيـه، فورثه الأخ المقر له لم ينفـذ الإقرار، وقال أحـمد بن حنبل: إن الوارث الذى لايصح الإقرار له هـو من كان وارثًا وقت الإقرار لو مـات ساعتـها المقر، سـواء استـمر إرثه إلى الوفـاة أم لم يستـمر، لأن العبـرة فى ذلك هى فى صدور الإقرار مصحوبًا بالتهمة، ولايكون ذلك إلا إذا تحققت التهمة وقت الإقرار بأن كان وارثًا بالفـعل ساعتهـا، وعلى ذلك لاينفذ الإقرار لأخيـه إذا كان وارثًا له وقت الإقرار ثم جـاء له ابن حجبه من الميـراث وقت الموت، لأن الإقرار إذا أبطل فللتهمة، ووقتها هو وقت صدوره، فيصدر باطلا.

١٨٩ ـ وحكم التصـرفات الإنشـائية الماليـة أنها إن كانت لاتقـبل النقض ولايرد عليها الفسخ كالعتق، فهى تصدر من المريض فى حكم المعلقة على الموت، فهى قبل الموت غـير نافذة أو فى حكم غير الموجودة، بمعنى أنه إن أعـتق عبدًا ثم مات يتبـين بالموت أنه ما كان يسوغ الإعتـاق، فيعطى عتقه فى حـال الحياة حكم الإعتـاق المعلق على الموت، فيعـتق العبد بعد الموت، ويسـعى بقيمـته للدائنين إن كانت التركة مستغرقة، ويسعى بما تزيد قيمته به عند ثلث التركة إن لم تكن التركة مسـتغرقة. وإنما أعطيت تلك التـصرفات حكم التـصرفات المعلقة، لأنهـا لاتقبل النقض، فإذا فرضناها نافـذة فى الحياة ثم جعلنا للورثة إبطالها بعـدم الإجازة بعد الوفاة، فقد فرضناها قابلة للفسخ، وذلك لايتفق مع الوصف الشرعى الذى أعطاه الفقهاء إياها، ففرض ما يتفق مع ذلك الوصف، وهو كونها معلقة.

وأما التـصرفـات المالية التى تقـبل الفسخ كالـهبة والوصـية والبـيع والشراء والصدقة والوقف، فإنهـا من المريض ذات أحكام متشعبة ليس مـوضع بيانها هنا، بل عند بيان أحكـام هذه العقود فى أبوابهـا فى كتب الفقـه فليرجع إليـها هنالك مفصلة، ولكن هنا تذكـر القواعد التى يعود إليها التفـصيل، مع ملاحظة أن تلك الأحكام لاتكون إلا بعد الوفـاة، أما فى حال الحيـاة فهى صحيـحة، وها هى ذى القواعد :

(أ) هذه التصرفـات إن كانت لوارث لاتنفذ إلا بإجازة الـورثة، سواء أكانت تبرعًا صرفًا أم عقد مبادلة فيه مـحاباة أم مبادلة لا محاباة فيها قط؛ بيد أنه يلاحظ أمران :

(أولهما) أنه إذا كان التصرف بيعًا بالقيمة بلامحاباة يسيرة أو كثيرة فقد أجازه الصاحبان، ولو لم يجز الورثة، وأبو حنيفة لم يجزه، وأساس الخلاف ما بيناه فيما مضى من أن أبا حنيفة يقول: إن حق الورثة تعلق بأعيان التركة بالنسبة للوارث، ففى إعطائه عينًا منها ولو بالقيمة فيه معنى الإيثار والوصية، ولا وصية لوارث، والصاحبان قالا: إن حق الإرث، متعلق بالقيمة والمالية. وبالبيع بمثل القيمة سلم حق الإرث، فلا وجه لتوقف البيع على إجازته.

(ثانيهما) أنه إن كان التصرف وقفًا يخرج من الثلث، فإن كان لوارث، فإن أصل الوقف ينفذ، ولكن لاتصرف الغلة للوارث إلا إذا أجاز الورثة وتصرف لهم على حسب الميراث إذا لم يجيزوا، ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث حيًّا، فإذا انتقل الاستحقاق إلى غيره كانت الغلة له، ولم يكن للورثة شيء، لأن محاباة الوارث بقدر استحقاقه فى الوقف فشاركوه فيه أو أجازوه، وإذا انتقل الاستحقاق لغيره، لم يكن لهم فيه أى حق. لعدم المحاباة. والوارث الذى لاتصح محاباته هنا هو الوارث فى باب الوصية، وهو الوارث بالفعل عند الوفاة.

(ب) إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، وفيها سداد لكل الديون أو لم يكن، فحق الدائنين فيها أن تسلم قيمتها لهم، فكل تصرف من المريض لايمس هذه القيمة، فهو نافذ، وإن لم يجيزوه. وعلى ذلك لاتنفذ تبرعاته إلا إذا أجازوها. وكل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيرًا لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشترى أو نقص البائع مما يزيل الغبن. لأن حقهم متعلق بالقيمة، فيجب أن تسلم لهم. وإذا باعه أو اشترى بلا غبن أصلا لم يكن لهم أن ينقضوه، لأن حقهم متعلق بالقيمة والمالية، كما بينا، وقد سلمت لهم، فلا وجه لاعتراضهم، ولا لنقضهم ما أبرم.

ويلاحظ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة، فلا شأن للورثة بالتركة مادامت مستغرقة بالدين، بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة. وإن كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاصها بقيمتها إلا برضا الدائنين. لأن لهم الحق فى

استيفاء ديونهم كاملة. وعساهم يبقون العين فى أيديهم. حتى يستطيعوا بيعها فى وقت تعلو فيه قيمتها، ويكون فيها وفاء بدينهم.

(جـ) إذا لم تكن التركة مستغرقة بدين بأن لم تكن مدينة أصلا، أو كانت مدينة بدين غير مستغرق، وقد استوفى منها، فمن حق الورثة أن يسلم لهم ثلثا قيمة التركة بعد الدين، فكل تصرف للمريض سواء أكان تبرعًا أم مبادلة يمس هذين الثلثين، فللورثة منعه، حتى لايمس حقهم فى الثلثين، وعلى ذلك فكل تبرع لأجنبى سائغ، مادام فى حدود الثلث، وكل عقد مبادلة مع أجنبى بيع أو شراء نافذ من غير حاجة إلى إجازتهم إذا لم تكن فيه محاباة عن الثلث، فللورثة الحق فى منع التصرف حتى تزول الزيادة التى مست الثلثين اللذين يجب أن يسلما لهم.

هذه هى القواعد التى ترجع إليها تصرفات المريض مرض الموت الإنشائية التى تقبل النقض والفسخ، وهى الأصل فى هذا الباب، وقد بيناها معتمدة على أصولها التى اشتقت منها، فارجع إليها.

أهلية المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى

١٩٠ ـ مما تقدم يتبين أن الشريعة الإسلامية ماحَدّتْ من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لمعنى فى عقله أوفى أهليته من حيث هو كامل رشيد، ولكن للمحافظة على حق الدائن والوارث، ليتمكن الدائنون من استيفاء ديونهم، ولكيلا يتمكن هو من تضييع حق الورثة فى تركته سيرًا وراء رغبة دافعة لإيثار بعض الورثة مخالفًا بذلك أحكام الإرث، أو اندفاعًا وراء محبة أو شهوة، بإعطاء من لايستحق أكثر مما له هو بحكم الوصية، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة بمحاولة حرمانه من ميراثه بعد موته. ولقد كان نظام التوريث للمصريين [١] خاضعًا للشريعة الإسلامية، يستمد أحكامه منها، بينما المعاملات المالية كلها خاضعة للقانون المدنى المستمد فى جملته من الشريعة الفرنسية، فلم يكن من الانسجام بين قوانين الدولة أن تكون أحكام التوريث مستمدة من الشريعةِ الإسلامية، وأحكام تصرفات المريض مرض الموت المالية خاضعة لأحكام القانون المدنى الفرنسى، إذ ذلك يفك عروة التماسك بين القوانين المصرية، فيهدم بعضها بعضًا، ويكون الشارع المصرى كمن يهدم بيد ما يبنيه باليد الأخرى، إذ يستطيع الشخص أن يتحلل من قيود الميراث وهو فى مرض موته، ببياعات صورية أو غير صورية يعقدها، أو هبات يعطيها من يشاء، ويحرم بها من يشاء، ويقسم تركته أوزاعًا. حتى لايصل إلى الوارث غير المجدود إلا القليل، أو لايصل إليه قليل ولاكثير، فيهدم بذلك نظام التوريث المستمد من الشريعة الإسلامية، إذ يتقيد بها الشخص أمام المحاكم الشرعية. ثم نجد انطلاقه من قيده فى ظل القانون المدنى، فيعقد ما شاء، ويمنع ما شاء من ورثته تحت حمايته، لذلك كان من اتساق المشرع المصرى أن كانت الوصايا خاضعة لأحكام الشريعة، وأن تكون أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة أيضًا من الشريعة، لتستطيع أن تحمى أحكامها، فتمنع

---

(١) يلاحظ أن المحاكم الشرعية المختصة بالنظر فى تركات غير المسلمين، وما يتعلق بها من وصايا وتوريث، تقضى فى ذلك بمقتضى القانون الإسلامى إلا إذا حصل اتفاق من الورثة على التقاضى أمام المجالس الملية. وذلك بمقتضى الخط الهمايونى العالى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦.

المتململين من قيود التوريث فيها أن ينطلقوا إلى الظلم، وقصد ما لم يشرعه كتاب ولا سنة.

١٩١ ـ وكان مقتضى هذا أن تكون كل أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة من الشريعة، ولكن لم يذكر حكم تصرف المريض مرض الموت مستأنسًا بالشريعة، قابسًا قبسة منها إلا فى البيع فى المواد ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦. وهذا نص المواد الثلاث :

المادة ٢٥٤ ـ لاينفذ البيع الحاصل من المورث، وهو فى حالة مرض الموت ـ لأحد ورثته، إلا إذا أجازه باقى الورثة.

المادة ٢٥٥ ـ يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع.

المادة ٢٥٦ ـ فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشترى بناء على طلب الورثة إما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع، وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين.

هذه نصوص القانون التى تتعلق بتصرفات المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى، وقد أجمع شراحه على أن المصدر التاريخى لهذه المواد هو الشريعة الإسلامية، إذ ليس لهذه المواد نظير فى الينبوع الذى استقى منه القانون المصرى مواده، وهو القانون الفرنسى. وهى من جهة ثانية تتحد فى الجملة مع أحكام الشريعة الغراء. بيد أنه ينبغى لنا أن نلاحظ ملاحظتين فى موضعين اختلفت حولهما أنظار شراح هذا القانون، وتضاربت حولهما أحكام المحاكم وقتًا طويلا. (إحداهما) ما يراه بادى الرأى من أن المادة ٢٥٥ تختلف عن أصلها الشرعى، لأن الحكم الفقهى لايجعل البيع لأجنبى موضع طعن للوارث إلا إذا كان فيه محاباة تجاوزت الثلث، فللورثة حينئذ الحق فى الطعن، لكى يسلم الثلثان لهم، وهما حقهم فى الميراث. أما المادة ٢٥٥ فقد جعلت لهم بظاهرها الطعن فى البيع إذا كان المبيع نفسه قد تجاوز الثلث، ولو كان البيع بمثل القيمة، أو بغبن يسير، ولاتشترط لجواز الطعن أن تكون فيه محاباة تجاوزت الثلث كما هو حكم الشريعة الغراء. وقد

اختلفت فى هذا أنظار الشراح، فمنهم من قال: إن القانون المدنى خالف فى هذا الشريعة، ولا مانع من أن يخالف الشارع ما جعله مصدراً تاريخيًا لجزء من القانون، فهو يتخير من ذلك المصدر ما يراه أصلح، ولقد رأى الشارع المصرى أن يحتاط فى هذا المقام فجعل للوارث الحق فى الطعن فى أى تصرف يسمح بخروج عين من أعيان التركة تتجاوز قيمتها ثلث التركة، وعسى أن يكون البيع صوريًّا، ولم يقبض البائع ثمنًا، ورأى فريق آخر أن تخرج تلك المادة تخريج الشريعة، لأنها مجملة، والشريعة هى التى تفصل ذلك المجمل، بل إنها إذا اقترنت بالمادة التى تليها يجب أن تفسر بأحكام الشريعة، لأن المادة التى تليها وهى المادة ٢٥٦ جعلت مدى طعن الورثة ينتهى إلى تخيير المشترى بين فسخ البيع، أو يدفع لهم مايتم به ثلثا التركة لكى يسلم لهم الثلثان، وإذا كان هذا مدى الطعن، فمعنى هذا الطعن ومغزاه هو أن يتأكد للورثة سلامة الثلثين بمقتضى القانون، وذلك هو حكم الشريعة نفسه، ولئن كانت العبارة فيها اضطراب أو إبهام، فالأصل التاريخى يزيله أو يفسره، وقد ذكر الرأيين المرحوم فتحى زغلول باشا، فقد جاء فى شرحه تعليقًا على حكم المادة ٢٥٥، ٢٥٦ ما نصه : «هذا الحكم أشد من مأخذه، وهو الشريعة الغراء، لأنها لا تقضى بالفسخ أو التكملة إلا إذا كان البيع بغبن فاحش، وكان المبيع [1] زائدًا على ثلث مال البائع والسبب فيه كراهة القانون بيع المريض لأجنبى، هذا هو ظاهر النصوص، وهناك مذهب ثان يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة فى هذا الموضوع، وأن الأول جرى على حكم الثانية، فنص فى المادة ٢٥٥ على جواز الطعن، وبيَّن حكمه فى المادة ٢٥٦، فقرر أنه لاينتج إلا فسخ البيع فى الكل أو تكملة ما نقص على ثلثى المادة بخيار المشترى، فلو باع المريض كل ملكه، ولم يكن هناك غبن، فلا وجه للفسخ. أما إذا وجد الغبن، ونقصت به قيمة الثلثين، فالتكملة أو الفسخ.

وعندنا أن الرأيين واردان، وأن إيجاز القانون وعدم تدقيقه فى اللفظ عند نقل هذا الحكم من أصله الذى أدى إلى هذا الخلف، وإن كانت قواعد التفسير

(١) صوابها أن الغبن نفسه يكون زائدًا على ثلث مال البائع، فزيادة المبيع عن الثلث أو نقصه ليست موضع النظر إنما موضع النظر هو زيادة الغبن عن الثلث.

تقضى بترجيح الرأى الأول، لأن عدول القانون اللاحق عن قيد مشروط فى سابقه ترك لهذا الشرط، وإطلاق للحكم، كما لا يخفى [١].

ويرى حلمى عيسى باشا فى كتابه «البيع» أن التفسير الأول هو الصحيح، ويعلل ذلك بأن الشارع المصرى احتاط بالنسبة للبيع للأجنبى خشية أن يكون البيع هبة أخذت صورة البيع، لأن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر البائع، وهو مريض فى عقد بيع محاباة، أنه قبض جميع الثمن، وليس لديهم من الإثبات ما يتمكنون به من بيان أنه ما تسلم ثمنًا، وأن عقده تبرع فى صورة بيع، فأعطاهم القانون حق الطعن مطلقًا إذا زادت قيمة المبيع عن ثلث التركة، فإذا طعنوا فى أصل البيع، وألقى عبء إثبات تسليم الثمن على المشترى، وثبت بالبينات والحجج أن الثمن وصل إلى المريض، أو أنه قد وصله ما يجعل الثلثين سالمين للورثة أجيز البيع، وإلا خُيِّر المشترى بين الفسخ أو سد النقص فى الثلثين، وفى الحق أن ذلك يكون تنفيذًا لفكرة الشريعة من طريق غير طريقها فى الترافع [٢].

وكما اختلف الشراح ذلك الاختلاف اختلفت المحاكم أيضًا فمنها من أخذ برأى حلمى عيسى باشا، وهو يؤيد الرأى الذى يقول إن القانون سلك مسلكًا يخالف مسلك الشريعة فى المحافظة على سلامة الثلثين للورثة. ومنها ما أخذ بالرأى الذى يفسر المواد بما يتفق مع طريقة الشريعة فى المحافظة على حق الورثة بتوقف البيع على إجازتهم إذا كان فى البيع غبن فاحش زاد مقداره عن الثلث، ومحكمة الاستئناف من هذا الرأى [٣].

---

(١) شرح القانون المدنى هامش صفحة ٢٢٨. وبحث تصرفات المريض مرض الموت المنشور بمجلة القانون والاقتصاد فى السنة الثامنة للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى.

(٢) استخلصنا هذا المعنى من كتاب البيع للأستاذ الجليل حلمى عيسى باشا فقد جاء فيه : «إن الشارع أراد أن يتخذ لنفسه طريقًا آخر غير طريق الشريعة الإسلامية فى اعتبار القدر الجائز التبرع به، وهو النظر للمبيع لا للثمن فإن الشرعيين يعتبرون القدر المحابى به فى الثمن هو الذى يأخذ حكم الوصية، فأراد واضع القانون المصرى أن يجعل المبيع هو الذى تسرى عليه هذه الأحكام، فإن كان البيع لأجنبى يخرج من ثلث التركة نفذ، وإلا جاز للبائع أن يلزم المشترى بفسخه أو برد قيمة ما نقص من ثلثى مال المتوفى، وهذه طريقة أكثر مطابقة للعمل، وموافقة لمذهبه فى الهبة الموصوفة ببيع، فإن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا قرأ البائع فى عقد بيع بمحاباة، أنه قبض جميع الثمن ولايمكن التصريح من جانب آخر للورثة بإثبات ذلك بشهادة الشهود، لأن فيه مخالفة لقواعد الإثبات، راجع كتاب البيع ص ٣٠٧، وبحث الأستاذ الكبير محمد كامل بك مرسى المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة.

(٣) راجع بحث الأستاذ كامل بك مرسى المنوه عنه.



١٩٢ ـ هذا هو الموضع الأول الذى كان موضع ملاحظة على مواد القانون الخاصة بمرض الموت. أما الموضع الثانى، فهو أن القانون لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت إلا البيع، ولم يتصد لسواه، فلم يذكر شراء المريض، كما لم يذكر إبراءه وإقراراته سواء أكانت لوارث أم لأجنبى، فهل يرجع فيها للشريعة بالقياس على البيع، ولأن أحكامها ذات صلة كبيرة بالميراث، والميراث يحكم فيه بمقتضى الشريعة فى الجملة ؟ اختلفت المحاكم فى ذلك أيضًا، فبعض المحاكم قصر الحكم على مورد النص، واعتبر التصرف الذى أعطى فيه المريض حكمًا خاصًا فى القانون المدنى هو البيع، فيقتصر عليه، لأن المريض كامل الأهلية، فلتصرفاته أحكام كاملى الأهلية؛ ولأن النص على البيع جاء على خلاف القياس، وما يجىء على خلاف القياس لا يعلل النص فيه، ولا يقاس عليه غيره، ولو أراد الشارع أن يأخذ بكل أحكام المريض مرض الموت التى اختصته الشريعة بها لنقلها جملة إليه، ولم يقتصر على بعضها، فاقتصاره على بعضها دليل على أنه ما أراد غير ما اختاره، وما قصد غير ما نقله، فإذا توسعنا فيها وأعطينا تصرفات المريض كل الأحكام التى أعطيتها فى الشريعة كان ذلك تحميلا للنصوص مالا تحتمل، وكان فوق ذلك مجافاة لقصد الشارع فى تخصيص ما ذكره بتلك الأحكام.

وبعض المحاكم يرى أن تقييد تصرف المريض مرض الموت بما لايضر بالوارث يجب ألا يقتصر على ما نص عليه فى القانون، بل يعدوه إلى تصرف تتحقق فيه المضارة بالوارث، وخصوصًا فيما نص عليه الفقه الإسلامى، وذلك لأن النص على تقييد بيعه الغرض منه تقرير القاعدة الشرعية العامة التى تقضى بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت التى تضر الورثة وتعطيها حكم الوصية، فقصر النص على البيع لايمنع شمول ما عداه، لأنه لم يرد نص سالب مانع من تعميم الحكم على كل التصرفات التى تضر بالوارث كالإقرار لأحد الورثة فى حال المرض، ولابينة سوى الإقرار من المريض، وكالشراء من وارث بمحاباة، أو الشراء من الأجنبى بمحاباة تجاوزت الثلثين، هذا والنص معلل، فما من نص فى القانون إلا وله علة باعثة عليه، وحكمة دافعة إليه، والعلة هى بلا ريب منع الضرر الواقع على الوارث من تصرفاته سواء أكانت إنشائية أم إخبارية، ولايتصور أن الشارع

أتى بنص من غير علة له، وإلا كان عابثًا. وإن هـذه العلة تتحقق فى غير البيع للوارث بأكثر مما فى البيع أحيانا، فهى واضحة فى إقراره لوارث بمال لم تقم عليه أى بينة، ولم يوجد عليه أى دليل سوى هذا الإقرار، فهو يدخل فى المنع بدلالة الأولى لوضوح العلة فيه أكثر من البيع. هذا ولم يوجد نص فى القانون يبين أحكام تصرفات المريض مرض الموت فى غير البيع، ولا جائز أن نقول إن أحكام الصحيح تشمله، لأنه باتفاق فقهاء الشريعة قد حد من تصرفاته بما يحفظ للورثة حقوقهم، ويعتبر الفقهاء أن المرض عارض من عوارض الأهلية يرد عليه بالتقييد، فلا تطبق عليه النصوص الخاصة بالصحيح، لأن هذا حريته مطلقة فى التصرفات إذا لم يتعلق بها حق غيره أما ذاك فحريته مقيدة، لتعلق حق الورثة بماله. وإذا كان القانون لم يأت بنصوص تبين سائر تصرفات المريض مرض الموت فالقضاء مأمور بتطبيق قواعد العدل والإنصاف بمقتضى المادة ٤٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، وليس أعدل من إحاطة المورث، وهو فى مرض الموت بسياج يمنعه من إصدار تصرف يضر بمصلحة بعض الورثة [١].

١٩٣ ـ هذا وإن تناول المحاكم الأهلية بدرجاتها تصرفات المريض مرض الموت فى أحكامها جعله موضع بحث واستنباط ونقص فى الفقه الحديث، فاتسع نطاق البحث فيه، وكثر التفنن فى تعليل أحكامه، وللكشف عن مدفون آراء الفقه الإسلامى فيه، وتتبع دقائقه ومراميه، فاستفاد الفقه القديم حياة جديدة، وجرى فيه دم غزير أمدَّ الفقه الحديث، وهكذا كل موضوع يتناوله التطبيق الحر، ويأخذه بالعمل الفكر المستقيم، فلقد كان تشعب الأنظار وتضارب الآراء واحتكاكها مضيئًا لجوانب الموضوع من نواحيه الفقهية والقانونية والمصلحية. وكلٌّ كان موفقًا فى اتجاهاته، ولايبعد عن سمة الشريعة وطريقها إلا فى القليل النادر جدًا [٢] والنادر لايعطى حكمًا ولايطغى على ما فى الكثير مما يوجب الثناء والإطراء.

(١) استخلصنا أدلة الفريقين من المحاكم مما ساقه الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك من أحكام بحث المريض مرض الموت المنوه عنه سابقًا.

(٢) ومن ذلك القليل النادر ما جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف من «أنه إذا أوصى شخص لأحفاده =

الولايــــة

١٩٤ ـ تكلمنا فيما مضى على أحد العنصـرين اللازمين لنفاذ العقد، وهما الأهلية والولاية، فتكلمنا فى أهلية الوجـوب، وأهلية الأداء فى حال فقدها، وفى حال قصورها، وقلنا أن كمالهـا بالبلوغ والرشد، ثم تكلمنا فى أهلية المرأة وأهلية المريض مرض الموت. ومناط الأهلية اللازمـة لصحة العقد أن تكون عبـارة العاقد صالحة لأن يقصد بها مـعانى العقد، فمعنى الأهلية فى العقود مـتجه إلى صلاحية العبارة فى ذاتها لأن تنعقد بها العقود والتـصرفات أولا تنعقد، فإذا انعقدت العقود بعبارة شـخص كان عنده أهلية أداء كامـلة أو قاصرة، وإن لم تكن عبـارته صالحة لأن تعقد بها العقود لم تكن عنده أهلية أداء أصلا.

هذه هى الأهلية، أما الولاية فمعناها أن يكون للـعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقـد، وترتيب آثاره عليه، وتلك السلطة قـد تكون بالأصالة، وقد تكون بقـيام الشخص على شئون غيره بولاية شـرعية أعطاها له الشرع الشريف، كولاية الأب على ابنه، وولاية الجد على حفيده، أو بوصاية من أبى الشخص أوجده، كما فى التوكيل، بالبيع والشراء والنكاح ونحو ذلك. ومن هذا يتبين أن ولاية العاقد على العقد تكون لأحد أسباب ثلاثة :

(١) الأصالة فيها أن يكون متولى العقد هو صاحب الشأن فيه، وذلك يكون لكامل الأهلية إذا عقد لنفـسه، فكمال الأهلية يثبت معه حتـما الولاية التامة على شئون نفسه، فالبالغ العاقل الرشيـد له الولاية التامة على شئونه وعقوده وتصرفاته لايحد منها إلا ما يتعلق بحق الغير.

(٢) أن يكون للشخص ولاية على غـيره بولاية شرعية يعطيـها له الشارع، وهى لاتكون إلا للأب أو الجد أبى الأب [١] أو بوصاية من قبل الأب أو الجد أو

= بمقدار نصيب والدهم المتوفى فى تركته، فلهم بعد موته نفس الحقوق التى لكل أولاد ذلك الجد، وعليهم نفس الواجبات، ومن هذه الحقـوق أن يجيزوا أو يمتنعوا عن إجازة البيـع الصادر من جدهم لباقى أولاده فى مرض موت جدهم. وقد ألغت المحكمة حكم المحكمة الابتـدائية الذى قضى باعتبار أولاد ابن المتوفى موصى لهم لا ورثة «واعتبار البـيع الصادر عن الجد عدولا عن الوصية فى المقدار المـبيع» راجع فى هذا بحث الأستاذ كامل بك مرسى. وعندى أن هذا لايؤيده فقـه، ولايعتمد على قانون، بل يناقضه الفـقه الإسلامى، والقانون المصرى، ولكن يلاحظ أن الدائرة التى أصدرته فيها عضوان إنجليزيان والثالث مصرى.

(١) وتكون فى النكاح للأب والجد، وسائر العصبات.

القاضى، وهذا النوع من الولاية يثبت فى عقود فاقد الأهلية أو ناقصها لهؤلاء الأقارب أو للوصى الذى يعينه الأب أو الجد أو القاضى، ولهذا النوع من الولاية ترتيب، وللولى أو الوصى فيه تصرفات حدها الشارع ملاحظًا مصلحة المولى عليه المادية والمعنوية، وموضع تفصيل هذا فى الأحوال الشخصية. فليرجع إليه هنالك.

(٣) أن تكون ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن، ويتبين ذلك فى الوكالة وأحكام العقود بسببها.

وإذا عقد الشخص، وعنده أهلية أداء، ولم تكن له ولاية لعدم وجود سبب من أسباب الولاية السابقة، فهو فضولى، فالفضولى من يتصرف تصرفًا أو يعقد عقدًا ليست له ولاية عليه.

وقد بينا سبب الولاية الأولى فى الكلام على أهلية الأداء، ولنترك الكلام على السبب الثانى، لأنه مفصل فى الأحوال الشخصية، وبيانه هناك أليق وأنسب، فلنتكلم على السبب الثالث، وعقود الفضولى.

العقد بالوكالة عن صاحب الشأن

١٩٥ ـ الوكالة عقد بين شخصين من مقتضاه أن يقوم أحدهما مقام الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم، فالعقد بمقتضى الوكالة يختلف عن العقد بمقتضى الولاية الشرعية أو الوصاية، إذ إن الذى عقد لأجله العقد له سلطة فى إقامة العاقد مقامه فى الوكالة، إذ الوكيل يتولى ولاية العقد بالاستمداد من ولاية الموكل الذى يعقد. وفى الوصاية والولاية الشرعية لايستمد العاقد السلطة ممن عقد له، بل يستمدها من اعتبار الشارع له نائبًا عن القاصر الذى يعقد عنه، لأن القاصر ما أعطاه سلطة، وليس له فى إقامته إرادة، بل الذى أعطاه تلك السلطة هو الشارع.

١٩٦ ـ والقانون الرومانى لم يكن يعرف العقد بمقتضى الوكالة إلا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة فى إثبات حقوق له، فاعترف بتولى هذين عقوده بالنيابة على شرط أن تتحقق تلك النيابة فى إثبات كونه دائنًا صاحب حقوق، لامدينًا تثبت عليه الحقوق والالتزامات، ثم تدرج هذا القانون بعد ذلك، فاعترف بعقود يتولاها الوكيل عن غيره معتبرًا الوكالة، على أن تنحصر آثارها فى أن يكون الموكل مدينًا تثبت عليه الحقوق، ولاتثبت له بمقتضى تصرفات الوكيل عنه حقوق قط، فلم يعط القانون الرومانى فى أى عصر من عصوره الموكل الحق فى أن يطالب من عقد معه وكيله بحكم العقد وحقوقه، بل يتولى ذلك الوكيل، وإن أعطى ذلك القانون فى آخر أدواره من عقد معه الوكيل الحق فى مطالبة من وكله بحقوق العقد عليه [١].

فلما خلف الفقه الحديث من بعد القانون الرومانى اعترف بالوكالة وأساغها، بيد أنه لايزال القانون الفرنسى لايجيز التوكيل فى عقود الزواج والتبنى، والإقرار بالبنوة الطبيعية والوصية، وحيث لايجوز الأخذ بأقوال وكيل، كذلك لايجوز الأخذ بأقوال رسول فى هذه المسائل أيضًا [٢].

١٩٧ ـ أما الشريعة الإسلامية فقد اعترفت بالوكالة الكاملة، وجعلت كل عقد أو تصرف شرعى له آثار يرتبها الشارع عليه تجوز فيه الوكالة، فكل ما يجوز

(١، ٢) راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى بك، هامش صفحة ٢٠٨، ٢٠٩.

للشخص من التصرفات الشرعية وله أن يوكل فيه، ولم يستثن شيء من العقود، ولا التصرفات إلا بالأعمال القانونية التى اشترط الشارع أن يتولاها ذو الشأن بنفسه[1] كاستيفاء القصاص من الجانى، فإن الشارع قد جعل لوليه سلطانًا فيه دون سواه، فلا يقبل التوكيل فيه. وبقية التصرفات والعقود الشرعية تقبل فيه الوكالة، وقد ذكر صاحب الهداية ضابطًا لما تجوز فيه الوكالة من العقود، فقال: «وكل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه، جاز أن يوكل غيره به» فالشريعة كما ترى أوسع الشرائع رحابًا وحرية فى الوكالة، أجازتها فى كل عقود التجارة، وفى عقود الأنكحة، وسائر التصرفات كالوقف والإعتاق والطلاق والخلع وغير ذلك مما يملكه الشخص، ويمكنه الإنابة فيه بحكم الشارع، وذلك لأنه قد وردت الآثار عن النبى ﷺ بأنه وكّل غيره فى عقود مالية، ولم يعرف أن هذه خصوصية له فتكون عامة، كما ثبت أنه وكل عمرو بن أمية الضمرى فى تزويجه ﷺ من حبيبة وهى بالحبشة، بل لقد ثبت أن الأمة الإسلامية قد أجمعت على جواز الوكالة فى الجملة، لأن الحاجة داعية إليها، فإن من الناس من لايمكنه فعل كل ما يحتاج إليه بنفسه، فاحتاج إلى وكيل يقيمه مقامه، كما أن «من الناس من لايحسن البيع والشراء، ولايمكنه الخروج إلى الأسواق، وقد يكون له مال ولايحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولايتفرغ له، وربما لاتليق به التجارة لكونه امرأة، أو ممن يتعير بنوعها، ويحط ذلك من منزلته، فأباحها الشارع دفعًا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الإنسان» [2].

١٩٨ ـ والوكيل ينال الولاية على العقد من الموكل، كما ذكرنا، ولذا يجب أن يكون الموكل ذا أهلية للعقد الذى يعقده وكيله بتوكيل منه فيه، لأنه يستمد القوة منه فيه، وينفذ العقد بتمكين الموكل منه، فيجب أن يكون هو أهلا له، إذ فاقد الشيء لايعطيه لغيره، والضابط فى ذلك أن كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه، وكان التصرف مما يقبل النيابة صح أن يوكل فيه أى شخص سواء أكان رجلا أم

---

(١) ومثله الشهادة، فإن الإنابة فيها لاتصح، وكذلك اليمين، وغير ذلك من المسائل التى لايقبلها الشارع إلا من الشخص نفسه.

(٢) المغنى الجزء السادس، ص ٢٠٣.



امرأة، وسواء أكان مسلمًا أم غير مسلم، ومناط الضابط كما ترى امتلاكه للتصرف بنفسه فيما يوكل فيه، فما لايملكه بنفسه لايملك التوكيل فيه. وعلى ذلك لايصح التوكيل من المجنون، والصبى الذى لايعقل أصلا، لأن العقل من شرائط أهلية الأداء، فليس عند هؤلاء أهلية أداء، فلا يملكون التصرفات بأنفسهم، وكذلك لايصح التوكيل من الصبى العاقل بما لايملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة ونحوها، ويصح توكيله بالتصرفات النافذة منه كقبوله الهبة لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن وليه، فيملك التوكيل فيه إلى غيره، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة فإن كان مأذونًا بالتجارة يصح منه التوكيل فيها، لأنه يملكها بنفسه بمقتضى ذلك الإذن، وإن لم يكن مأذونًا ينعقد توكيله فى العقود القابلة للنفع والضرر موقوفًا على إجازة وليه أو وصيه [1]، والسفيه وذو الغفلة يجوز توكيلهما فى كل ما يملكانه بأنفسهما من غير توقف على إذن القائم على شئونهما، فيصح منهما التوكيل بالنكاح والطلاق والوقف على النفس والذرية ومن بعدهما على الفقراء، والوصية بما لايزيد على الثلث إذا كانت على غير وصايا أهل الفساد وهكذا.

هذا ما يتعلق بما يجب توافره فى الموكل، أما الذى يجب توافره فى الوكيل، فليس هو كمال الأهلية بل صلاحية عبارته لأن ينعقد بها عقود، بأن يكون ذا قصد معتبر فى إنشاء مطلق عقد، ولذلك يجب توافر شرط واحد فيه، وهو أن يكون عاقلا سواء أكان بالغًا أم غير بالغ، وسواء أكان رشيدًا أم سفيهًا، فيصح أن يكون الصبى المميز وكيلا عن غيره، لأن عبارته صالحة لأن تنعقد بها العقود، وهو يفهم معانيها فى الجملة، ولكن عقوده الضارة به لاتنفذ عليه رعاية لمصلحته، ورحمة به خشية أن يؤذيه ضعف الصغر، والعقود التى تقبل الضرر والنفع احتاجت إلى إذن الولى ليجتمع رأياهما. وقد خالف الشافعى رضى الله عنه فى صحة التوكيل للصغير، وذلك هو مقتضى قاعدته القائلة : إن كل شىء حجر على الصغير فيه لاينعقد إذا تولاه هو، وقد حجر الصغير المميز عن العقود، فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره، وقد بينا ذلك فيما مضى.

---

(١) البدائع، الجزء السادس، ص ٢٠.

أما أبو حنيفة وأصحابه فيسيرون على مقتضى قواعدهم، وهو أن الحجر على الصغير المميز ليس لعدم صلاحية عبارته للعقود، بل لحفظ أمواله، وعجزه عن إدارتها بمقتضى صغره، فضم إليه من يعينه ويهديه ويربيه، وهو الولى أو الوصى. ولقد روى أن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة قالت : إن أوليائى غيب يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ : «وليس فيهم من يكرهنى» ثم قال لعمرو بن أم سلمة: قم فزوج أمك منى، فزوجها من رسول الله ﷺ، ولقد قالوا أنه كان فى ذلك الوقت صبيًا [1] مميزًا، ولم يكن قد بلغ الحلم، فدل هذا على صحة إقامته وكيلا فى النكاح، والنكاح أخطر العقود، وأبعدها أثرًا فى حياة العاقدين.

١٩٩ ـ والوكيل إذا تمت وكالته يعقد العقود التى يعقدها بعبارته هو، لا بعبارة الموكل، وإرادته هى العنصر الداخل فى تكوين العقد بتلاقيها مع إرادة العاقد الآخر، وليست إرادة الموكل هى العنصر المكون، وهذا ما تصرح به كتب الحنفية، وتنطق به العبارات المأثورة عن فقهائهم. فقد جاء فى الزيلعى ما نصه : «الوكيل أصل فى العقد، لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آدميًا عاقلا، وقضيته أن يكون الحاصل بالعقد واقعًا له، غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبًا فى حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده» ومثل ذلك جاء فى البدائع وفتح القدير وغيرهما، وهذا يدل على أن ذلك هو مذهب أبى حنيفة، فالوكيل إذن على هذا المذهب يعقد بإرادته لا بإرادة موكله، فإكراهه يفسد العقد، كما أن هزله يفسده أيضًا إذا كان من العقود التى يؤثر فيها الهزل والإكراه، وله شرط الخيار لنفسه، وله الرد بخيار العيب، وله خيار الفسخ إذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن المعقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه، وتبين أنه موصوف بغيره، لأن كل هذه الأمور تتعلق بالرضا، والعبرة فى الرضا هى رضا العاقد، وهو الوكيل هنا.

٢٠٠ ـ وإذا كان العاقد يعقد بإرادته المستقلة، وهى العنصر الداخل فى تكوين العقد لا إرادة الموكل، فهل حكم العقد وحقوقه ترجع إلى الوكيل ؟ وقبل

---

(١) البدائع، الجزء السادس، ص ٢٠.



الإجابة عن هذا السؤال نوضح الفرق بين حكم العقد وحقوقه: حكم العقد المراد به هنا الأثر المترتب على العقد الذى يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر، وحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد، والتمكين لكلا العاقدين، مما أعطاه له العقد، وضمان سلامة المعقود عليه، وأنه وفق الأوصاف التى وصف بها، ولذا يعد من حقوق العقد فى البيع تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بخيار العيب، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه، وضمان رد الثمن إذا تبين أن المبيع لم يكن ملكًا للبائع وقت البيع وغير ذلك، أما حكم البيع فهو ثبوت ملكية المشترى للمبيع، واستحقاق البائع للثمن المذكور فى العقد.

وبعد هذا التقريب الذى يتميز به كل من حكم العقد وحقوقه نبين إلى من يرجع حكم العقد وحقوقه فى العقود التى يتولاها الوكيل. اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع إلى الموكل، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، أم أضافه إلى موكله، لأن الوكيل ما عقد لنفسه، بل عقد لغيره، فهو ما تولاه أصيلا، بل تولاه نائبًا عن غيره، ومقتضى هذه النيابة التى لابست العقد ولم تفارقه أن تكون أحكام العقد للأصيل لا للوكيل، وإلا كان عاقدًا لنفسه لا لغيره، وما يكون وكيلا، بل يكون أصيلا، وذلك غير الغرض.

أما حقوق العقد فهى ترجع إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه، وكان العقد مما تصح إضافته إلى الوكيل بحيث لاتمنع إضافته [1] إلى الوكيل أن تئول أحكامه إلى الموكل، وبيان ذلك أن العقد قسمان : عقود لاتضاف إلى الوكيل قط،

(١) يشبه العقد الذى يضاف إلى الوكيل لا إلى الموكل نظرية الشخص المستعار فى القوانين الحديثة، أو نظام الأصيل المستور فى القانون الإنجليزى، وقد جاء فى كتاب نظرية العقد لأستاذنا السنهورى بك ما نصه : «فى هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصيًا مع الغير ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير، وبالرغم من أنه لم يذكر وقت التعاقد، ومن أن الغير الذى تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لابصفته نائبًا، فإن الأصيل المكتوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير الذى تعاقد معه النائب علاقة مباشرة، ويسرى فى حقه العقد الذى باشره نائبه، ما دام هذا العقد لم تكن فيه شخصية العاقدين محل اعتبار، ومادام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذى تعامل معه أو مع غيره، وهذا النظام الإنجليزى هو فى الواقع مرحلة إلى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية، فإن هذا النظام الأخير لايجعل =

بحيث لو أضيفت إليه صار العقد من كل الوجوه إليه، كعقد النكاح والهبة والقرض والإعارة، وهذه العقود قسمان : (أحدهما) عقود لاتتراخى أسبابها عن أحكامها، وهى عقود النكاح والخلع وما يشابهها تتصل فورًا بآثارها، فلم تقبل أن يكون سببها للوكيل، وأثرها للموكل، بل يجب أن يكون كلاهما لشخص واحد ليتم الاتصال بين السبب والأثر، فلم تصح إلا مضافة للموكل، وليس للوكيل فيها إلا النطق بصيغة العقد، ولذلك قالوا: إن الوكالة فيها سفارة، وليست وكالة حقيقية، إذ الوكيل فيها ليس إلا سفيرًا ومعبرًا، وما ذلك شأن الوكيل المطلق، (ثانيهما) عقود لاتتم إلا بالقبض وهى الهبة والصدقة والإعارة، والقرض ونحوها، وهذه يكون الوكيل فيها أيضًا سفيرًا، لأن الوكيل يجب أن يضيفها إلى الموكل، ولأن القبض جزء متمم للعقد، وقبضة لايكون قبض أصالة، إذ الملك وهو الحكم ثابت للموكل، فيجب إذن أن يكون نائبًا فى القبض وهو جزء العقد، فيكون نائبًا فيه كله، فلابد أن يضيف العقد إلى الموكل، ويكون أيضًا سفيرًا ومعبرًا، بخلاف البيع وأخواته فى ذلك، فإن الوكيل فيها مستقل بإنشاء العقد، فإن أضافه إليه لم يمنع ظهور أحكامه للموكل، إذ قالوا: إن الحكم يثبت فى البيع ونحوه للوكيل ثم ينتقل للموكل، على ما سنبين، وذلك كله غير محقق فى العقود التى لاتتم إلا بالقبض.

وبعد بيان هذه الأقسام نقول: إن العقود التى لاتكون مضافة إلى الوكيل ترجع الحقوق والأحكام فيها إلى الموكل، لما بينا من أن الوكيل فيها يتولى كل شىء بوصف كونه نائبًا، فهو فى الحقيقة سفير ومعبر، أما العقود التى تضاف إلى الوكيل، وليس من خواصها ما يمنع هذه الإضافة، فإن حكم العقد يكون للموكل، وحقوقه تكون للوكيل، ولاتذكر كتب الخلاف الفقهى خلافًا فى هذه

= العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب، ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحد منهما على الآخر، أما النظام الإنجليزى، فيسمح بهذا الرجوع» ا. هـ. والشريعة فى أنها جعلت الحكم فى العقود المضافة إلى الوكيل يرجع إلى الموكل والحقوق ترجع إلى الموكل قد أخذت أعدل ما فى النظريتين بجعل الحكم فيه للأصيل والحقوق ترجع للوكيل.

المسألة. ولكن كتب الحنفية يذكر فيها خلاف الشافعي [1] وتقول: إنه يرى حقوق العقد كأحكامه ترجع فى هذا النوع من العقود إلى الموكل، وتذكر حجته فى ذلك كون الحقوق لاتنفصل عن الأحكام، فلا تكون آثار العقد وأحكامه لشخص، بينما حقوقه تكون لآخر، إذ الحقوق تابعة للحكم ملازمة له، فإذا ثبت حكم العقد لشخص، فلابد أن تتبعه لوازمه وتوابعه، وهى الحقوق. وأيضًا فإن حقوق عقود المعاوضات التى تصح إضافتها إلى الوكيل تماثل عقود النكاح وأخواته التى يعقدها الوكيل غير مضيفها لنفسه فى حكم الوكالة، إذ الوكيل فى كليهما لايعقد لنفسه، بل يعقد لغيره، وقد جعلنا الحقوق تعود إلى الموكل فى هذه، فكذلك الحقوق فى تلك تعود إلى الموكل، ولا فرق بينهما.

ويستدل الحنفية لرأيهم، وهو رأى أكثر الفقهاء بأن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة الصادر عنه ألفاظًا وعبارات مقصودة مقيدة لمعنى العقد، فلا يصح أن ينسب العقد إلى الموكل، لأنه ليس فاعلا له، والوكيل لم يضفه إليه، إذ لم يتكلم بعبارة يستفاد منها أنه فى عقده حاك لإرادة الموكل، وملق تبعات العقد عليه، فلابد إذن أن تكون حقوق العقد وتوابعه التى بها يتم تنفيذ أحكامه، ويتمكن كل من طرفيه من حقه ـ راجعة إلى الوكيل، لأن العاقد الآخر لم يعرف سواه. وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم أيضًا للوكيل، ولكن الشرع جعل الحكم يثبت للموكل لأن العقد، وإن لم يكن صادرًا عنه، ولم يضف

---

(١) يعقد الأستاذ السنهورى بك مقايسة بين مذهب أبى حنيفة، ومذهب الشافعى، فيقول: إن مذهب أبى حنيفة يقرب من القانون الرومانى، ومذهب الشافعى يقرب من القانون الحديث، ونحن نقر رأيه فى قرب مذهب الشافعى من القوانين الحديثة، ولكن نخالفه كل المخالفة فى قرب مذهب أبى حنيفة من القانون الرومانى، وذلك :

١ ـ لأن القانون الرومانى حتى آخر أدواره لم يجعل الموكل دائنًا قط إلا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة، بينما مذهب أبى حنيفة يجعل الموكل دائنًا بإعطائه حكم العقد، وحقوقه فيما لايضيفه الوكيل إلى الموكل.

٢ ـ ولأن أبا حنيفة أعطى العاقد الآخر حق مطالبة الوكيل، لأنه أمامه ضامن لأحكام العقد، إذ لا علم عنده بالأصيل فى حالة عدم إضافة العقد إليه.

٣ ـ ولأن جعل الحقوق للوكيل إنما هو فى حال واحدة، وهى ما إذا أضاف العقد إلى نفسه، وذلك كما قلنا يشبه نظرية الشخص المستعار أو الأصيل المستور فى القوانين الحديثة. والحقوق والأحكام ترجع إلى الموكل فيما يضيفه الوكيل إليه، فلا قرب بين مذهب أبى حنيفة والقانون الرومانى إلا إذا كان القرب يقاس بالفراسخ والأميال، لا بالأذرعة والأشبار.

إليه، قد صدر بأمره وإنابته، فكان الحكم له لهذا المعنى، وكأن فى عقد الوكيل الذى يباشره من غير أن يضيفه إلى الموكل حقيقتين شرعيتين لابد من اعتبارهما معًا :

الحقيقة الأولى : أن الوكيل يعتبر هو العاقد، وأن العاقد الآخر لايعرف سواه، فالعهدة والضمان اللذان أوجبهما العقد يكونان موجهين إلى الوكيل.

الحقيقة الثانية : أن الوكيل ما عقد إلا تنفيذًا لأمر الموكل، وإعمالا لإنابته عنه، فجعل الفقهاء آثار الحقيقة الشرعية الأولى فى أن كانت ضمانات تنفيذ العقد، وسائر حقوقه على الوكيل [1]. وجعلت الحقيقة الثانية آثار العقد للموكل. وإنما جعلت الحكم للموكل، وأعملت حقيقة النيابة بالنسبة له، لأن الوكيل، وإن عقد هو العقد لا يتصرف بولاية نفسه، بل بولاية مستفادة من الموكل. فمن وكل شخصًا ببيع عين فولاية بيع العين مستفادة من الموكل، فالحكم يكون له، إذ بالبيع تخرج العين من ملكيته بهذه الولاية المستفادة منه، ويحل محله استحقاق الثمن ليتم معنى المعاوضة، فكان من إعمال حقيقة النيابة الشرعية أن يكون أصل الحكم للموكل، ويردون استدلال الشافعى بقياس ما يضيفه الوكيل إلى نفسه على مالا يضيفه، بأن الوكيل فيما يضيفه العاقد إلى الموكل قد أرشد العاقد الثانى إلى من ترجع تبعات العقد إليه، فكان السفير والمعبر، وبذلك يخلو من كل ضمانات العقد وتعهداته.

هذا، ويقررون أن الوكيل إذا لم يكن من أهل الضمان بأن كل محجورًا عليه ولو أنه مميز لاترجع الحقوق فى أى عقد إليه، لأن رجوع الحقوق إليه ضمان

---

(١) جاء فى الوقاية ما يفيد أن حقوق العقد التى تكون فى جانب العاقد تكون لازمة على الوكيل لايستطيع التخلى عنها. أما الحقوق التى تكون فى جانب الموكل فليست بلازمة على الوكيل، فقد جاء فى الوكالة بالبيع والشراء «يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان، حق للوكيل، وحق يكون على الوكيل، فالأول كقبض المبيع والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مستحق (إذا كان وكيل المشترى) ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور» لكن لاتجب عليه، فإن امتنع لايجبره الموكل على هذه الأفعال، لأنه متبرع فى العمل، بل يوكل الموكل بهذه الأفعال، وفى النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه، فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع (إن كان وكيلا بالبيع) وتسليم الثمن (وإن كان وكيلا بالشراء) ومن هذا يتبين أن رجوع الحقوق إليه من جهة الضمان، فهو ضامن لحقوق العقد بالنسبة للعاقد الآخر الذى لايعلم بالموكل، وغير ضامن لحقوق العقد بالنسبة للموكل، لايقدر أثر العقد، وإن كانت له ولاية على هذه الحقوق.

وكفالة وهو لايملك أن ينشئ الكفالة، لأنها تبرع، والتبرعات لاتنعقد منه، لذلك كانت الحقوق فى العقود التى يتولاها بالنيابة عن غيره ترجع إلى الموكل، ولو أضاف العقد إلى نفسه.

ولقد قال بعض الفقهاء: أن الوكيل إذا كان محجورًا عليه غير مأذون بالتجارة وأضاف العقد إلى نفسه، وكان العاقد الآخر لايعلم أنه محجور عليه، وأنه يتولى العقد بالنيابة عن غيره، فله الخيار، إما أن يبقى العقد أو يفسخه، وذلك لأن شرط عقود المعاوضات، وهى التى تجوز أن يضيفها الوكيل إلى نفسه - الرضا، وقد اختل الرضا هنا، لأن العاقد ما أقدم على العقد إلا وهو يعلم أن تبعات العقد ترجع على من عقد معه، فإذا تبين أنها ليست له فمعنى ذلك أن الرضا لم يكن على أساس صحيح بتجهيل ليس من جانبه، فيكون له الفسخ كالفسخ بخيار العيب. ولكن المروى فى ظاهر الرواية أنه لاخيار للعاقد مع الوكيل المحجور عليه، لأن الجهل هنا ليس بعذر، إذ كان يمكنه التحرى والعلم، وخصوصًا إذا كان الوكيل صبيًّا أو سفيهًا اشتهر الحجر عليه، فكان عليه أن يتحرى أعقد المحجور عليه بإذن عام فى التجارة فترجع الحقوق إليه، أم بتوكيل من مالك خاص فترجع الحقوق إلى الموكل، وما دام لم يتحر فالجهل تقصير منه، فلا يكون حجة على غيره، يسوغ له فسخ العقد بمقتضاه.

٢٠١ - ذكرنا فيما مضى العقود التى تكون الحقوق فيها راجعة إلى الموكل، وهى العقود التى تضاف إليه. وواضح فيها رجوع الحكم وتوابعه للموكل، لأن العقد مضاف إليه بأحكامه وتوابعه. أما إذا كان العقد مضافًا إلى الوكيل، فواضح أن الأحكام والتوابع تكون له، لأن الإضافة إليه، وهى تقتضى أن تكون الأحكام أيضًا مضافة إلى الوكيل، إذ الإضافة معناها نسبة العقد بكل آثاره إليه. ولكن الفقهاء يقولون: إن الحكم يكون للموكل للمعنى الذى ذكرناه آنفًا ويختلفون فى طريقة ثبوت الحكم له مع أن الإضافة لغيره، وهو الوكيل، وهو اختلاف نظرى، ولكنه يعطينا فكرة الفقهاء فى سلطة الوكيل فى العقود التى يضيفها إلى نفسه، فنذكره لهذا، ولأنه يبين رأى الفقه الإسلامى فى نظرية الشخص المستعار، فى الفقه الحديث، أو الأصيل المستور كما يسمى فى الفقه الإنجليزى.

يختلف الفقهاء فى طريقة انتقال الحكم إلى الموكل مع أن ظواهر الأمور كلها تجعل العـقد أحكامًا وحقـوقًا للوكيل إذا أضـيف إليه، على ثلاث طرق : **الأولى** طريقـة أبى طاهر الدباس، وهـى أن الحكم يثـبت للمـوكل بطريق الخـلافـة عن الوكيل، بمعنى أن الأصل أن يثـبت كل شىء للوكيل بمقتـضى إضافة العقـد إليه، ولكن بمقتضى النيابة التى صار له بمقتضاها سلطان فى العقد يخلف الموكل الوكيل فى أحكام العقـد، ويثبت الحكم ابتداء للموكل، ولنقـرب ذلك بمثل نضربه وذلك أن العبـد لايملك، بل هو وماملكت يداه لسـيده، فإذا اسـتولى العـبد على شىء مبـاح يكون الملك ابتداء لسيده بطريق خـلافته للعـبد فى ذلك الملك، فكذلك إذا اشترى الوكـيل فى هذه الملكية بمقتضى الوكالة، فـالأصل إذن بمقتضى هذه الطريق أن الملك كان يثبت للوكيل، ولكنه ثبت ابتداء للموكل بطريق الخلافة عن الوكيل، ونرى أن الفقهاء بمقتضى هذا التحليل لايجعلون الحكم يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل بل يثبت من أول الأمر للموكل، كما ثبتت الملـكية بمجرد استيلاء العبد على المباح لسيـده بطريق الخلافة عنه، وأكثر فـقهاء الحنفية يأخـذون بهذا القول. وقال عنه صاحب الهداية أنه الصحـيح، وبمثل هذا جاء فى المغنى وذكر أنه مذهب أحمد والشافعى [1].

الطريقة الثانية طريقـة أبى الحـسن الكرخى، وهو يرى أن الملك يثـبت أولا للوكيـل ثم ينتقل ثانيـة إلى الموكل بمقتضى إعـمال النيـابة، لأن العقـد صدر عن الوكيل، ولم تثـبت نسبته إلى الموكل فكان مـنسوبًا بكل أحكامه وتوابعهـا للوكيل أولا، ثم بعـد صدوره يلاحظ أمر خـارجى وهو النيابة عـلى الموكل، وبمقتـضاها يثبت الحكم للموكل، ويتقرر له، وقد قال الفقهاء من ترجيحهم لطريقة أبى طاهر الدباس أن كلام الكرخى هو الأصل. وهو مقتضى إسناد العقد إلى الوكيل.

الطريقة الثالثة طريقة القاضى أبى زيد. وقـد نقلها عنه الصدر الشهيـد فقد قال: إن القاضى أبا زيد خالفهما، وقال : الوكيل نائب فى حق الحكم، أصيل فى حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له، ثم تنتقل إلى الموكل من قبله، فوافق أبا الحسن فى الحقوق، ووافق أبا طاهر فى الحكم [2]، والحق أن أبا زيد قد خـالف فى هذا

---

(١) راجع المغنى، الجزء السادس، ص ٢٦٣.

(٢) راجع تكملة فتح القدير، الجزء السادس، ص ١٩.



ما قرره الاثنان من أن الوكيل ينشىء العقد بعبارته، وأنه منسوب إليه حكمًا وحقًا، ولكن ثبت الحكم ابتداء بخلافة الموكل عند الدباس، وبغير الخلافة، بل الانتقال بعد الثبوت للوكيل عند الكرخى. فجاء القاضى أبو زيد وقرر أن الحكم ينسب من أول الأمر للوكيل بطريقة النيابة لاطريق الأصالة، وإذا كان هو فيه نائبًا، فهو للموكل من أول الأمر بطريق الأصالة، لا بطريق الخلافة، ولا بطريق الانتقال، أما الحقوق فقد وافقهما فى أنها تثبت للوكيل بما تضمنت الإضافة إليه من كفالة وعهدة.

٢٠٢ ـ هذه خلاصة أقوال الفقهاء النظرية فى ثبوت الحكم للموكل دون الحقوق فى العقود التى يضيفها إلى نفسه، والآن نريد أن نختم تولى العقود بمقتضى الوكالة بالتنبيه إلى أمرين :

أحدهما ـ أن الوكيل فى العقود التى يتولاها بمقتضى الوكالة مقيد بما قيده به الموكل لايسوغ له أن يخالف إرادته، ولا أن يعقد على شىء غير ما وصفه له، لأنه يستمد الولاية فى العقود التى يعقدها بالوكالة منه، فإن خالف فلا ولاية له على ما عقد بمقتضى هذه الوكالة، وعلى ذلك إذا خالف الوكيل وعقد عقدًا غير مقيد نفسه بما قيده به الموكل، فإن أمكن جعل العقد له حكمًا وحقوقًا فهو له، كأن كان وكيلا بشراء شىء غير معين ولكن مقيد بوصف فاشترى غير هذا الموصوف، وأضاف العقد إلى نفسه، فالشراء له، لأن الحاكم لايتجه إلى الموكل فى هذه الحال إذ لا ولاية بمقتضى الوكالة، فيكون الحكم له كالحقوق من أول الأمر.

وإن لم يمكن جعل العقد له كأن يكون وكيلا ببيع، ففى هذه الحال يكون العقد موقوفًا على إجازة الموكل الذى خولفت إرادته، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل.

الأمر الثانى ـ أن الوكيل لأجل أن تكون عقوده صحيحة يجب أن تستمر أهلية الموكل للأداء قائمة، حتى ينتهى العقد، لأن أهلية الموكل ليست شرطًا لإنشاء الوكالة فقط، بل هى شرط لبقائها أيضًا، إذ الوكيل إذا خرج عن الأهلية سقطت

ولايته على العقود، فتبطل كل ولاية تستمد منها، وولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل، فيجب أن تبقى أهلية هذا لتبقى ولاية ذاك، وعلى ذلك إذا جن الموكل أو حجر عليه وشمل الحجر التصرف الذى وكل فيه بطلت الوكالة، وكذلك إذا مات لأن الموت عجز كلى، فلا أهلية معه قط.

الفضولى

٢٠٣ ـ الفضولى [١] هو من يتصرف تصرفًا شرعيًّا ليست له ولاية عليه كمن يبيع مالا يملك من غير ولاية أو وكالة، وكمن يشترى لغيره شيئًا لم يوكله فى شرائه، وليست له عليه ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره وهكذا من العقود وسائر التصرفات التى يتصرفها الشخص فى شىء من غير ولاية أو وكالة فيها، فيعتبر فضوليًّا فى تصرفه.

والعقد الذى يتولاه الفضولى يكون موقوفًا على إجازة صاحب الشأن إذا كان له مجيز كأن يبيع الفضولى عقارًا لشخص رشيد أو لقاصر له أب يرعى شئونه، أو يعقد الفضولى نكاح امرأة على رجل قبل أن يرجع إليها ويستأذنها فتنبيه، ففى كل هذا وأشباهه يكون عقد الفضولى موقوفًا على إجازة ذى الشأن، فإن لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلا كالخلع عن صغير مميز، فإن الخلع لايملكه الصغير ولا يملكه الولى أو الوصى أيضًا، فلا ينعقد العقد، لأنه لا فائدة من

---

(١) هذا هو الفضولى شرعًا، وفى اللغة قيل : هو اسم لكل شخص يتصرف فى حق الغير بلا إذن شرعى منه كالأجنبى يزوج أو يبيع، ولم يرد فى النسبة إلى الواحد، وإن كان هو القياس، لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصارى والأعرابى وهكذا فى النهاية لابن الأثير. وجاء فى فتح القدير : غلب فى الاشتغال بما لايعنيه، وما لا ولاية له فيه، وهو كما ترى نسبة إلى الفضول على القياس، لأن الفضول، والفضل الزيادة، وقد غلبت كلمة الفضول فى التعبير عن الزيادة التى لاخير فيها، وقد جاء فى المغرب : علمت جمعه على ما لاخير فيه، حتى قيل :

فضول بلا فضل، وسن بلا سنا ... وطول ولا طول، وعرض بلا عرض

وعلى ذلك تكون نسبة الفضولى إلى الجمع، لأن زيادة الفضولى الذى يتعرض لما لايعنيه زيادة لاخير فيها، ولعل ذلك من أسباب مخالفة القياس بالنسبة إلى الجمع.



انعقاده مع توقف نفاذ حكمه، إنما التوقف يفيد إذا كان هناك من يملك إجازة العقد، وإعطاء الفضولى صفة الوكالة، وإخراجه عن حد الفضول.

واعتبار عقد الفضولى منعقدًا موقوفًا بالنسبة لأحكامه على إجازة من له حق الإجازة إن وجد ـ هذا قول أبى حنيفة ومالك وأحمد فى رواية عنه. وخالف الشافعى وقال: إن تصرفات الفضولى لاتنعقد، بل تصدر باطلة [1]، وتولد عبارات عقده ميتة، وثمرة هذا الخلاف تظهر فى حال الإجازة، فإنه إذا أجاز من له حق الإجازة إجازة معتبرة يعتبر العقد قد وجد بالعبارة التى عقد بها الفضولى، وتكون الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، ولا حاجة لإنشاء العقد بصيغة جديدة، وهذا عند من يقول: إن العقد منعقد موقوف، أما الشافعى الذى يقول: إنه لم ينعقد أصلا، فالإجازة عنده لاتلحقه، لأن العبارة ولدت ميتة، والإجازة لاتحييها.

٢٠٤ ـ ووجهة نظر الشافعى فى قوله: إن عقد الفضولى باطل غير منعقد أصلا: (١) أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام: «لاتبع ما ليس عندك» [2] فهذا يدل بمقتضى ما فيه من نهى على أن بيع الإنسان مالا يملك لاينعقد؛ لأنه لاينعقد صحيحًا تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم، إذ النهى يقتضى الفساد، والفاسد لا ينعقد على مذهب الشافعى كما سنبين.

(٢) وأن أساس الانعقاد الولاية الشرعية على العقد، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحية العبارة لعقد العقود، ولا ولاية إلا بأن يكون العاقد ذا شأن فى العقد، أو تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة، وذلك لأن شرط انعقاد العقد أن يكون العاقد قادرًا على تمكين العاقد الآخر من كل أحكام العقد بالنسبة له. فإذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم ينعقد عقده، ويصير كبيع غير مقدور

(١) جاء فى المجموع فى تصرف الفضولى ما نصه: «إن مذهبنا المشهور بطلانة، ولا يقف على الإجارة وكذلك الوقف والنكاح وسائر العقود» وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر فى أصح الروايتين عنه، وقال مالك: يقف البيع والشراء والنكاح على الإجازة. فإن أجازه من عقد له صح، وإلا بطل.

(٢) وقصة هذا الحديث ما قاله حكيم بن حزام، فقد قال: «سألت رسول الله ﷺ فقلت: يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى، أأبتاع له من السوق، ثم أبيعه منه، قال: لاتبع ما ليس عندك». ولقد ساق المجموع أحاديث أخرى تأييدًا لرأى الشافعى منها أنه ﷺ قال: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك».



التسليم، وكبيع الطير فى الهواء، والسمك فى الماء، والوحش فى الفلاة، ولاشك أن الفضـولى الذى يتصـرف من غيـر ولاية له ليست عنده القـدرة الشرعـية التى يستطيع بها تنفيذ أحكام العقد، فلا ينعقد إذن كما لم ينعقد العقد فى الأمثلة التى سقناها.

هذه وجهة نظر الشـافعى فى قوله. ووجهة نظر الحنفـية والمالكية، والحنابلة فى بعض الروايات ما يأتى :

(أ) ما روى من أن رسول الله ﷺ أعطى عروة البارقى ديناراً ليشترى به شاة تكون أضحيـة فاشترى شاتين بدينار، وباع إحداهمـا بدينار، فجاء إلى النبى ﷺ بشاة ودينار، فأقره ﷺ ودعا له بالبركة فى بـيعه، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه، ولاشك أنه فى بيعه إحدى الشـاتين كان فضولياً، فلو كان هذا البـيع لم ينعقد ما أقره النبى ﷺ وما استحل لنفسه الديـنار، بل لأمره بإعادته لصاحبه، ورد الشاة، لكنه أقره وأجازه فـدل هذا على أن عبارة هذا الفضولى ما كـانت من لغو القول، وما كان عقده باطلا، وإذن فعبارة الفضـولى تنعقد بها التصرفات والعقود، وذلك هو المطلوب، وهو النتيجة المقررة عند الحنفية، ومن ذهبوا مذهبهم.

(ب) أن تصرف الفضـولى تصرف صدر عن أهله فى محله، فـيجب القول بانعقاده، وبيان ذلك أن الحنفية ومن ذهبوا مذهبهم يرون أن انعقاد العقد يكفى فيه أن يكون محله قابلا لحكمه شرعاً، وأن يكون العاقدان ذوى أهلية للعقد بأن تكون عبارتهما مما ينعقد بهـا هذا العقد، ولو لم تكن لأحدهما ولاية على العقد بأن لم يكن له قدرة شـرعية عليه، وذلك لأن صـحة الانعقـاد وقوامها صـحة التعبـير، والعاقل ولو فضولياً يجب حمل عباراته على معناها، اعتباراً للأصلح الذى لاضرر منه على غـيره، وحمل لحـال العاقل على الإصـلاح، وفعل الخيـر، وفى الحكم بانعقاد عقد الفضولى مصلحة له بعـد إلغاء عبارته، من غير ضرر يلحق غيره، إذ العقد سيـتوقف على إجازته، وفيه فوق ذلك ترجيح لاحتـمال المصلحة على عدم احتـمالها، وإن الظاهر من حـاله أنه قصد بهذا الفـعل منفعة من عـقد عنه، وأنه يغلب أن تكون هناك صلة تربطهما جـعلته يتبرع له بعقد عقـد يراه فى مصلحته،

ليوفر له مئونة البحث والطلب، ويوصله إلى البدل المطلوب من غير كلفة عليه، فإن رأى صاحب الشأن أن الحال كذلك أجاز، وإن لم يجده كما ظن الفضولى أو أساء الظن به لم يجز من غير ضرر يلحقه، وفى الحق أن الحنفية ومن وافقهم اعتبروا الحكم بانعقاد عقد الفضولى من باب التعاون [1] الذى أمر الله به فى قوله تعالى: ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾ ففرضوا أن الفضولى ما عقد إلا لمصلحة أخيه، وسارع من غير إذنه الصريح خشية أن تفوته، فاعتبروا عقده منعقدًا، إذ لا ضرر فى ذلك، وهناك ضرر محقق فى عدم اعتباره منعقدًا، لأنه اعتبار كلام العاقل لغوًا ككلام المجنون، وذلك ضرر معنوى يلحقه من غير مصلحة لغيره، وهناك أيضًا احتمال ضرر بصاحب الشأن، لأنه عسى أن يكون فيه منفعة ويخشى الفوت، فإن اعتبرنا العقد غير منعقد احتاج ذو الشأن إن رأى المصلحة فيه إلى إنشاء عقد من جديد. وقد يجوز ألا يستطيع ذلك لذهاب العاقد أو لعقده مع غيره، وذلك بلاريب ضرر محتمل من غير احتمال نفع، فكان إذن من المصلحة التى لاضرر فيها اعتبار عقد الفضولى منعقدًا، وتوقف على إجازة صاحب الشأن.

٢٠٥ ـ هذه أدلة الفريقين، وبعد هذا نختم القول ببيان إجازة صاحب الشأن تصرف الفضولى. لقد قال الفقهاء الذين قرروا أن تصرفه منعقد: إن إجازة

---

(١) مما يدل على أن قول الحنفية بانعقاد عقد الفضولى يقوم على أساس التعاون بين الناس ما جاء فى البدائع والزيلعى فى كتاب البيع، وما جاء فى فتح القدير فى البيع أيضًا ولننقل ما جاء فى هذا الأخير مع طوله متصرفين بعض التصرف، فقد قال رحمه الله فى رد حجة الشافعى بأنه لاقدرة شرعية للفضولى: «قولك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية إن أردت الانعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر، وإن أردت الانعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحته فى الإجازة فيجيز فعله أو عدمه فيبطله ـ فذلك ممنوع، ولا دليل عليه، بل الدليل دل على ثبوت الانعقاد، لتحقق المصلحة لكل من العاقد الفضولى والمالك والمشترى من الفضولى من غير ضرر ولا مانع شرعى، أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يكفى مئونة طلب المشترى ووفور الثمن ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البدل المحبوب، ويكفى المشترى وصوله إلى حاجة نفسه بالاستيلاء على المبيع، والفضولى يصون كلامه من الإلغاء والإهدار بل يحصل به على الثواب إذا نوى الخير لله تعالى وإعانة أخيه والرفق به. ولما كان هذا التصرف خيرًا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن فى هذا العقد ثابتًا دلالة إذ كل عاقل يأذن فى التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا ... لا يقال: فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغى أن ينعقد العقد. لأننا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه، وذلك هو الانعقاد موقوفًا على رأى المالك، فيثبت بهذا القدر، فأما نفاذه بلا رأيه ففيه إضرار به، إذ ربما لايريد بيعه فيثبت الضرر اهـ. بتصرف من فتح القدير، الجزء الخامس، ص ٢١٠.

تصرفه تجعله كالوكيل، فيعتبر التصرف كأنه صدر عن وكيل وقت صدوره، ويصير للفضولى كل أحكام الوكيل، فتتعلق به الحقوق إن كان العقد مما تتعلق حقوقه بالوكيل، وتتعلق الحقوق بالموكل إذا كان العقد لايتعلق فيه الحقوق بالموكل، كالهبة والنكاح، ولأن الإجازة تجعل الفضولى وكيلا، وله كل ولاية الوكيل فى العقد الذى تولاه ـ قال الفقهاء: إن الإجازة اللاحقة تكون كالإذن السابق، ولكن لأن الإجازة من شأنها أن تقلب التصرف من تصرف موقوف إلى نافذ، وتنقل الفضولى من وصف الفضولى إلى وصف الوكيل، قالوا أيضًا: إن للإجازة حكم إنشاء العقد.

ولذلك اشترطوا لصحة الإجازة أن يكون الفضولى حيًّا ذا أهلية ولو ناقصة [1]، لأن الإجازة تنقله إلى صفة الوكيل، ولا يصلح للوكالة إلا من كان حيًّا غير فاقد الأهلية، واشترطوا وجود العاقد الآخر، لأن أحكام العقد تنفذ بالنسبة له بعد أن كانت موقوفة، فاحتاجت الإجازة إلى وجوده ليكون ثمة من ينفذ فى شأنه الحكم الذى لم ينفذ قبلها، واشترطوا أيضًا وجود المعقود عليه، ليكون قابلا لحكمه الذى ينفذ بعد أن لم يكن.

ويلاحظ أن العقد قبل الإجازة غير لازم، فللفضولى أن يفسخه، وللعاقد الآخر أيضًا أن يفسخه، أما العاقد الثانى فلأن العقد بالنسبة له كأنه لم يتم، إذ قد صدر عنه أحد شطرى الالتزام، أما الشطر الثانى فلم يتقرر ولم يثبت، فيجوز أن يستمر، ويعطى قوة الركن بالإجازة، ويجوز ألا يعطى قوة الركن بالرفض، وكذلك للفضولى أن يفسخ العقد إذا كانت حقوقه ترجع إليه بالإجازة كعقد البيع والإجارة، وكان ذلك له منعًا لحقوق العقد التى تلزمه به بالإجازة، إذ ستنتقل صفته إلى صفة وكيل ترجع حقوق العقد إليه، أما إذا كان ما عقده الفضولى من العقود التى لاترجع فيها الحقوق إليه على فرض أنه وكيل. لأن الوكيل فيها سفير ومعبر معبر كعقد النكاح فليس للفضولى قبل الإجازة أن يفسخ العقد وذلك لأنه

---

(١) يجب أن يلاحظ أنهم لايشترطون وجود الفضولى حيًا عند إجازة النكاح الذى عقده، لأن الإجازة لاترفعه إلى مرتبة الوكيل الذى ترجع الحقوق إليه، بل ترفعه إلى مرتبة السفير والمعبر، والتعبير تم عند صدور عبارة الفضولى.

محض أى كناقل عبارة، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك، فتصير الحقوق منوطة به، لا بالفضولى فلا يلحقه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق به.

٢٠٦ ـ وحكم عقد الفضولى فى القوانين الحديثة يتقارب من حكم عقده فى الشريعة الإسلامية على مقتضى مذهب أبى حنيفة ومن أخذ به، فهو موقوف على إجازة صاحب الشأن، فإن أجاز نفذ، وإن لم يجز بطل. هذا النوع من العقود الذى يصح بالإجازة العقود الباطلة بطلانًا نسبيًّا، ولقد ذكرت المادة ٢٦٤ حكم بيع الفضولى، وهذا نصها :

«بيع الشىء المعين الذى لايملكه البائع باطل، إنما يصح إذا أجازه المالك الحقيقى» فالقانون يعتبر بيع الشخص ما لا يملك باطلا، ولكن ليس معنى ذلك صدور العبارة ميتة غير قابلة للحياة، بل معناه أنه يتوقف فى وجوده وجودًا له أثر قانونى على إجازة صاحب الشأن، وذلك موافق للشريعة إلى حد كبير.

وإن فقهاء القانون ينظرون إلى تصرفات الفضولى بعطف، ويفرضون فيه حسن النية؛ ولذا يكون فى مرتبة تقارب رتبة الوكيل فى التصرفات النافعة، ويعللون ذلك بما علل به الفقهاء التعاون بين الناس، وفرض أنه صديق ولى أراد نفع صاحبه ، لا فرض أنه عدو أراد إيذائه (١).

---

(١) جاء فى كتاب الإرادة فى العمل القانونى فى تصرف الفضولى ما معناه : «إن من المقرر اجتماعيًا أن يتعاون الناس على العمل للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة، وإن المصلحة الخاصة إن اتسع شمولها تحولت إلى مصلحة عامة، وعلى ضوء هذا ينظر إلى تصرف الفضولى، ويكون أساس التقدير فيه : إذا لم يكن الفضولى أكان من الممكن أن يفعل رب المال فى ماله ما فعله الفضولى أم لا، هبنى أملك منزلا. وكنت على سفر طويل، فجاء أحد الناس ليستأجره أو ليبتاعه أيكون من المصلحة أن يتولى الصديق إجارته أو بيعه بطريق الفضول، أم يترك الفرصة وقد سنحت، وهبنى كنت مقيمًا إذا حضر الطالب أكنت أجيب أم أرفض ؟ إن الفضولى يجب أن ينظر إلى تصرفاته على هذا الأساس»، راجع ص ٣٣٩، وأنت ترى أن هذه نظرة الشريعة على مقتضى المذاهب الثلاثة، ولذلك جعلت تصرفه موقوفًا.

تولى العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين

۲۰۷ ـ ذكرنا فيما مضى أن الشخص قد يتولى إنشاء التصرفات التى تنشأ عنها التزامات بإرادة منفردة، أما العقود التى لاتتم إلا بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول، فإن الأصل فيها أن يتعدد العاقد، ليتحقق وجود الإرادتين، والربط بين الكلامين، ولأن الأصل أن الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية إلا فى شطر العقد الذى يتكون بشطرين، وفى اعتبار العقد منعقداً بعبارته تحميل لها قوة الشطرين، وإعطاء الجزء حكم الكل. بيد أن النيابة قد ساغت فى العقود، فجاز أن يتولى شخص العقد بالنيابة عن غيره، سواء أكانت تلك النيابة منشؤها الولاية الشرعية على فاقدى وقاصرى الأهلية، أم كان منشؤها وكالة اتفاقية. ويجوز فى هذه الحال أن يكون الشخص وكيلا عن عاقدين يريدان أن ينشئا عقداً بينهما، أو وليًّا على شخصين، ويرى من المصلحة أن يعقد بينهما عقد زواج أو بيع أو نحوهما، أو وكيلا من جانب ووليًّا من جانب، ففى هذه الحالة تكون عبارته طاوية فى ثناياها معنى عبارتين بلاريب، فهل الشارع الإسلامى يقر عقدا ينشأ بهذه الصفة ويعطيه أحكامه وآثاره التى تثبت لنوعه ؟

۲۰۸ ـ لقد أجاز فقهاء الحنفية أن يتولى شخص واحد طرفى العقد فى النكاح، فيجوز أن يكون العاقد واحدًا ينشأ بعبارته منفردة عقد النكاح، وتنعقد به عقدته، فتثبت آثارها كلها به، وذلك يكون إذا كانت له ولاية العقد من الجانبين، بأن كان أصيلا من جانب ووكيلا أو وليًّا من جانب آخر أو وكيلا عن الجانبين، أو وليًّا على الجانبين كجد يزوج إحدى حفيداته من أحد أحفاده إذا لم يكونا أخوين وكانا يتيمين، أو وكيلا من جانب ووليًّا من جانب، ففى كل هذه الصور أجازوا للشخص الواحد أن يعقد العقد بعبارته وتكون قائمة مقام عبارتين، ولكن خالف فى ذلك زفر والشافعى رضى الله عنهما، وحجتهما فى ذلك أن عقد النكاح يفيد نوعًا من التمليك، ولايتصور أن عاقدًا واحدًا يكون مملكًا، وقابلا للتمليك معًا. إذ التمليك نسبة تقتضى طرفين، بل كل عقد لايتم إلا بإرادتين يقتضى طرفين قابلا وموجبًا ولايعقل أن يقوم شخص بالصفتين، لأن كل واحدة

تقابل الأخرى، ولاتجتمع معها، هذا ومن جهة أخرى فالنكاح يشبه البيع، وكما أن البيع لايتولاه العاقد الواحد عن الطرفين كذلك النكاح [1].

واستدل للحنفية بما يأتى :

(١) قوله تعالى : ﴿**ويستفتونك فى يتامى النساء اللاتى لاتؤتونهن ما كتب لهن، وترغبون أن تنكحوهن**﴾ فقد نزلت هذه الآية فى يتيمة فى حجر وليها، وهى ذات مال، ووجه الاستدلال بها أن قوله تعالى : ﴿**لا تؤتونهن ما كتب لهن، وترغبون أن تنكحوهن**﴾ خرج مخرج العتاب على عدم إعطائهن ما كتب الله لهن عند الرغبة فى نكاحهن، وذلك العتاب لايكون له محل إلا إذا أمكن تحقيق رغبة ولى اليتيمة فى نكاحها مع عدم إعطائها ما كتب لها بسبب ذلك النكاح، وإنما يكون ذلك إذا كان للأولياء أن يزوجوهن من أنفسهم لأن النكاح لاينعقد نافذًا من اليتيمة، بل نكاحها إلى وليها، فإذا كان لنفسه تولى من الجانبين فالعتب لاموضع له إلا إذا أجيز أن ينكحها الولى نفسه بعبارته، وتقوم مقام الاثنين، وهذا دليل على أن صاحب هذه الشريعة يجيز أن يعقد العاقد الواحد النكاح نائبًا عن الطرفين.

(٢) ما رواه البخارى من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجعلين أمرك إلى ؟ قالت:نعم. قال: تزوجتك، فعقد بلفظ واحد، وعن عقبة بن عامر أنه قال ﷺ لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة. قال : نعم. وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانًا قالت: نعم، فزوج أحدهما من صاحبه، وكان ممن شهد الحديبية، روى هذا الحديث أبو داود [2].

(٣) أن النائب فى باب النكاح ليس بعاقد عقده بوصف كونه نائبًا على أن ترجع الحقوق إليه، بل الحقوق والأحكام تضاف إلى من يعقد عنه، سواء أكانت تلك النيابة بولاية شرعية أم بوكالة اتفاقية، بل هو كما يقول الفقهاء، سفير عن

---

(١) القياس صحيح فى نظر الشافعى، لأنه رضى الله عنه يرى أن حقوق العقد فى البيع والشراء ونحوهما لا ترجع إلى الوكيل، بل ترجع إلى الموكل، وإذا كان لافرق بينهما فى إرجاع الحقوق، فقد سوى بينهما فى هذا أيضًا، وإن كنا نرى أن التسوية كانت تقتضى أن البيع يكون كالنكاح وأن كليهما يصح أن يعقده طرف واحد.

(٢) راجع الزيلعى، الجزء الثانى ص ١٣٢.

العاقد، ومعبر عنه، وإذا كان معبرًا عنه صارت عبارته كعبارة من يتكلم عنه، فصار كلام العاقد الذى يتولى عن الجانبين ككلام شخصين وعبارته الواحدة تطوى فى معناها عبارتين، إذ تطوى فى مضمونها إيجابًا عن أحدهما، وقبولا عن الثانى، فكأن المرأة قالت على لسانه زوجت نفسى، والرجل قال على لسانه أيضًا قبلت زواجها.

وهذا المعنى لايتأتى فى البيع وأشباهه من العقود التى ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل، ويصح أن تضاف صيغة العقد إليه، ولذا لا يتولاها العاقد الواحد عن الجانبين [(١)].

٢٠٩ ـ ما سبق كله إذا كان العاقد الذى تولى عن الجانبين له ولاية العقد من الجانبين بألا يكون فضوليًّا عن أحدهما، ولاينعقد العقد بعاقد واحد يكون ذا ولاية عن أحدهما وفضوليًّا بالنسبة للآخر، فإذا كان وكيلا أو أصيلا أو وليًّا بالنسبة لأحد العاقدين، وفضوليًّا بالنسبة للآخر، لاينعقد عقده عنهما، وبالأولى إذا كان فضوليًّا من الجانبين، وهذا هو مذهب أبى حنيفة ومحمد، وأما مذهب أبى يوسف، فهو جواز عقده عن الطرفين، ويكون موقوفًا على إجازة صاحب الشأن الذى كان العاقد فضوليا بالنسبة له أو على الطرفين إذا كان فضوليًّا بالنسبة لهما، وحجة أبى وسف فى ذلك أن عبارة العاقد ولو كان فضوليًّا بالنسبة للطرفين أو لأحدهما، قائمة مقام عبارتين، وهى تعبرعن شخصين، فيجب أن ينعقد العقد موقوفًا، وذلك لأن أثر الفضول بالنسبة لأحد العاقدين فى نفاذ العقد، لا فى انعقاده، لينعقد العقد بعبارة العاقد الواحد قائمة مقام الكلامين، ويتوقف النفاذ على إجازة العاقد الذى لم يأذن. هذا والنكاح يشبه الخلع، فيجوز فيه ما يجوز فى هذا ؟ ويجوز أن يقول الزوج بغير إذن زوجه خالعت امرأتى على كذا، وهى غائبة، فإذا بلغها وأجازت نفذ الخلع عليها، مع أنه كان فضوليًّا بالنسبة لها، فدل

---

(١) راجع فى هذا الدليل البدائع، الجزء الثانى، ص ٢٣٢، والزيلعى الجزء الثانى، ص ١٣٢ والهداية وفتح القدير الجزء الثانى ص ٤٢٦. ومقتضى هذا التعليل أن كل عقد تكون حقوقه راجعة إلى الموكل ولاترجع إلى الوكيل، يصح أن يعقده عاقد واحد عن الجانبين، وهذا يشمل النكاح وكل العقود التى تتم إلا بالقبض، كالهبة والرهن وغيرهما.



ذلك على انعقاد الخلع بتولى واحد العقد، ولو كان فضوليًّا بالنسبة لأحد الطرفين، فالنكاح مثله، فيثبت له ما ثبت لهذا، وينعقد بعبارة واحدة ولو كان صاحبها فضوليًّا.

هذه حجة أبى يوسف، وحجة الطرفين (أبى حنيفة ومحمد) أن الأصل فى العقد ألا ينعقد إلا بعبارتين من شخصين، مادام لاينعقد إلا بتوافق إرادتين، ولكن تقوم عبارة الشخص الواحد مقام العبارتين إذا كان هناك ما يدل على أنها قائمة مقام عبارتين، وذلك بإقامة الطرف الغائب هذا الشخص مقامه أو بولاية شرعية تجعل لعبارته الدلالة، فما لم يوجد ما يدل على ذلك فالعبارة الصادرة ليست إلا شطرًا للعقد، أى ليست إلا إيجابًا فقط، والإيجاب لاينعقد به عقد يتولاه طرفان، بل يبطل بمجرد تفرق المجلس، فلا يكون العقد موقوفًا على إجازة أحد، وعلى ذلك إذا كان العاقد الواحد فضوليًّا بالنسبة لأحد الطرفين لاينعقد عقده أصلا لا موقوفًا ولا نافذًا، لأن عبارته أحد شطرى العقد أى الإيجاب، إذ لايصح أن تقوم مقام عبارتين لعدم إذن العاقد الثانى له، حتى تقوم عبارته مقام عبارتين ولا يقاس النكاح على الخلع إذا تولاه الرجل فى غيبتها من غير إذنها، لأن الخلع بالنسبة للرجل يمين، فكأنه إذا خالع فى غيبتها بغير إذنها قد علق طلاقها على قبولها بدل الخلع، ففى أى وقت تقبل يقع الطلاق لحصول الشىء المعلق عليه والطلاق يقبل التعليق بإجماع الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة.

٢١٠ ـ ما تقدم كله فى تولى العاقد الواحد عقد النكاح بالنيابة عن الطرفين، وننتقل الآن إلى عقود المبادلة كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من الحقوق التى ترجع فيها الحقوق إلى الموكل عندما يتولاها العاقد بمقتضى الوكالة، وهذه العقود الأصل فيها أنه لابد من تعدد العاقد، فلايصح لشخص أن يعقد عقد بيع بين شخصين، وتقوم عبارته مقام عبارتهما. ووجهه أن العاقد فى البيع وما يشبهه ترجع الحقوق إليه، سواء أكان يعقد بالأصالة أم بالنيابة فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق، وهذه حقوق متقابلة فحق تسليم المبيع يقتضى متسلمًا، وحق قبض الثمن يقتضى مسلمًا، والشخص لايتعلق به حقان متقابلان فى زمان واحد. لأن ذلك يؤدى إلى أن يكون الشخص

الواحد فى زمان واحد مسلمًا ومتسلمًا، طالبًا ومطالبًا، وهذا محـــال، ولذلك لم يجز أن يكون الشخص الواحـــد وكـيلا من الجـانبين فى البيع وأشباهه، ويصلح رسولا من الجـانبـين، لأن الرسـول لا تلزمـه الحـقوق، فـلا يؤدى عـمله إلى مناقضة للمعقول، وكذلك القاضى يتولى العقد من الجانبين، لأن الحقوق لا ترجع إليه.

وقد استثنوا من البيع صورة يصح فيـها العقد من الجانبين، وهى شراء الأب مال ولده لنفسه، وبيع ماله من ولده، فإنه فى هذه الصورة يجوز للأب التصرف، ويتولى الصيـغة عن نفسه وولده القاصـر. وبهذا قال أحمد بـن حنبل والشافعى، ومالك والأوزاعى، وجعلوا الجد كالأب ما عدا ابن حنبل، وخالف زفر، وقال : لايجوز، وهو الأصل، والقياس على ما بينا، وأما ما قاله الأئمة فهو الاستحسان، ووجهه أن الأب والجد لوفور شفقتهما، وكمال رعـايتهما لموليهما تجوز تصرفاتهما عليه، وربما كـان فى البيع له أو الشراء مـنه مصلحة وإيثـار له، وهذا الفرض هو الذى يتفق مع كـمال الرعايـة ووفور الشفـقة، فجـاز تصرفهـما معـه، للضرورة الدافعة، وعدم موضع التهمة [1].

هذا بالنسـبة للأب والجد، أمـا بالنسبـة للوصى، فقـد قال أبو حنيـفة وأبو يوسف أيضًـا بجواز بيـعـه للموصى عـليه وشـرائه منه إذا كـان فيـه نفع ظاهر، ولايجوز بالإجماع إذا لم يكن فيه نفع ظاهر؛ وذلك لأنه لقـصور شفقته لم يلحق بالأب أو الجـد، ولكن إن كان فـيه نفع ظاهر يمـلكه بالنص وهو قوله تعـالى : ﴿**ولاتقربوا مـال اليتيم لا بـالتى هى أحسن**﴾ ولاشك أن التـصرف الذى فيـه نفع ظاهر وهو قربان مال اليتيم بالتى هى أحسن، فجاز بنص القرآن.

والنفع الظاهر فسـره بعضهم بأنه فى العقـار أن يشتريه من الصغـير بضعف قيمتـه، وبيعه بنصف القيمة، وفى المنقـول أن يشتريه بثمن يزيد عن قيـمته بمقدار نصفها، وبيعه بثمن يقل عن قـيمته بمقدار ثلثها، فيشترى ما قيمـته عشرة بخمسة عشر، وبيعه ما قـيمته خمسة عشر بعشرة، وفسـر بعضهم النفع الظاهر بالتصرف الواضح المنفعة لليتـيم من غير تقيد بمقادير، فقـد تكون المنفعة ظاهرة، وإن كانت

(١) راجع البدائع، الجزء الخامس، ص ١٣٦، والمغنى، الخامس، ص ٢٤٢.

بمثل القيمة، كأن يكون الشيء المشترى كثير الغلات بنسبة أعلى من الغلات التى تنال الصغير من ثمنه (١).

هذا رأى الشيخين فى بيع الوصى المختار من الأب أو الجد فى البيع والشراء من اليتيم، وقال محمد: لايجوز للوصى ذلك مطلقًا، سواء أكان فيه نفع ظاهر أم لم يكن، لأن القياس يأبى ذلك، وكان الاستحسان بالنسبة للأب والجد، لوفور شفقتهما، وذلك ليس فى الوصى، فيعمل بالقياس حيث لاوجه للاستحسان.

هذا الخلاف يجرى فى الوصى المختار من الأب أو الجد، أما الوصى المعين من القاضى (٢) فلا يجوز له أن يشترى مال اليتيم لنفسه، ولا أن يبيع ماله لليتيم بمقتضى وصايته، وذلك لأن القاضى لايجوز له ذلك، إذ فعله حكم، وحكم القاضى لنفسه لايجوز، والوصى من قبله كالوكيل عنه، فيملك ما يملكه، وبما أن القاضى لايملك ذلك فلا يملكه من هو كالوكيل عنه، لأنه يستمد القدرة الشرعية منه.

٢١١ ـ مما تقدم يستفاد أن الشريعة الإسلامية الأصل فيها ألا يتولى الواحد إنشاء العقد قائمًا مقام العاقدين، ولكن اعتبار المصالح، وملاحظة بعض القواعد جعلاها تقر عقد العاقد الواحد قائمًا مقام العاقدين على أن ذلك على سبيل الاستثناء والاستحسان، لا الأصل والقياس. وعلى مثل هذا سارت الشريعة الإنجليزية والقانون الألمانى والمشروع اللاتينى (٣)، وهناك شرائع أخرى حديثة أباحت تولي العاقد الواحد عن اثنين، ولم تمنعه كما فى سويسرا وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا ومصر، ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو المنع، فالشرائع التى حرمت أجازت فى أحوال معينة على سبيل الاستثناء، والشرائع التى أجازت منعت فى أحوال استثنتها، ولقد توسع كلا الفريقين فى الاستثناء، فتقاربت الشرائع المانعة والشرائع المجيزة (٤).

---

(١) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل أحمد إبراهيم بك.

(٢) وهو المجلس الحسبى الآن، راجع رسالة العقود والشروط المذكورة آنفًا.

(٣) هو مشروع قانون لفرنسا وإيطاليا أعدته لجنة من الدولتين.

(٤) راجع نظرية العقد لأستاذنا الكبير الدكتور السنهورى بك.

أوصاف العقد

٢١٢ ـ نقصد بوصف العقد الاسم الشرعى له الذى يكون إطلاقه على العقد نتيجة لإقرار الشارع له أو عدم إقراره، وفى حال الإقرار تترتب الأحكام وتثبت الآثار، وفى حال عدم الإقرار لاتترتب الأحكام، ولاتثبت آثار العقد.

وقد اختلف الفقهاء فى هذا المقام، وانقسموا فريقين أحدهما فريق أبى حنيفة وأصحابه، والثانى بقية الفقهاء؛ فالحنفية يقسمون العقود من حيث إقرار الشارع لها وعدم إقراره إلى ثلاثة أقسام : صحيح، وفاسد، وباطل، والجمهور يقسمون العقود إلى قسمين فقط: صحيح وباطل (أو فاسد). فكلمة الفاسد وكلمة الباطل مترادفتان عند الجمهور، متباينتان عند الحنفية. وقد اتفق الفقهاء على أن معنى العقد الصحيح ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه (على حسب قوة إنشائه) بأن تكون أركانه سالمة لاخلل فيها، وكذلك أوصافه، ولم يرد أى منع له من الشارع الحكيم. وهذا المعنى متفق على أنه المراد بالعقد الصحيح، ولكن موضع الخلاف هو فى مقابل العقد الصحيح، فالجمهور يقولون: إن كل مقابل للعقد الصحيح باطل غير منعقد، سواء أكان الخلل فى أركانه، أم كان الخلل فى أوصافه. بأن كان فى أوصافه ما هو محل منع فى الشارع، كالبيع بآجال غير معروفة، وقال الحنفية: إن الخلل إن كان فى الأركان، وهى العاقدان ومحل العقد فالعقد باطل أى غير منعقد، وإن كان الخلل فى غير الأصل أى غير الأركان، فالعقد منعقد، ولكن لايرتب الشارع على نفس العقد أحكامًا بل يرتبها على تنفيذ العاقدين له مخالفين أمر الشارع.

٢١٣ ـ ومحور الخلاف فى هذه المسألة يعتمد على قطبين هما محله وموضعه :

أولهما : هل منع الشارع العاقد من العقد يقتضى عدم وجوده شرعًا ؟ إذ لايعترف الشارع له بوجود.

ثانيهما : هل المنع لوصف من الأوصاف يلتحق بالمنع الوارد على الأصل والأركان ؟ فيكون حكم الاثنين واحدًا.



ومن أجل أن نبين الموضوع بجلاء يجب أن نتكلم فى هذين العنصرين بكلمة موجزة.

أما الأصل الأول فقد اختلفوا فيه، فجمهورهم يرى أن الشارع إذا نهى عن تصرف شرعى، ومنع إجازته، فوجوده مع ذلك النهى غير معترف به من الشارع أى أنه يكون غير موجود فى نظره. وذلك : (١) لأن قيام الشخص به مع النهى عنه عصيان لأمر الشارع، وكيف يعترف، ويرتب آثارًا شرعية على فعل قد كان حدوثه جريمة فى نظره وعصيانًا. (٢) ولأن النهى لايرد من الشارع على تصرف شرعى، إلا لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته، وليس ذلك إلا حكمًا من الشارع ببطلانه. (٣) ولأن النبى ﷺ قال : «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد» ولاشك أن وقوع الأمر الذى حكم الشارع بمنعه لم يجىء على أمره وعلى مقتضى اعتباره فهو رد، ومعنى رده ألا يعترف له بوجود وآثار، فهو باطل فى نظره. (٤) ولأن سلف هذه الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود المنهى عنها، فحكموا بعدم اعتبار العقود المشتملة على الربا، للنهى عن الربا واحتج ابن عمر رضى الله عنه فى بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى : ﴿**ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن**﴾.

هذا موجز لحجج الجمهور فى استدلالهم بالمنع من التصرف الشرعى، على بطلانه إذا حصل مع هذا المنع، ويترتب على قولهم هذا أن كل العقود الممنوعة (سواء أكان المنع لخلل فى ركنها وأصلها أم لعيب لحق وصفها) باطلة أو فاسدة، وهى فى حكم العدم من غير تفرقة بين العيب فى الأصل أو العيب فى الوصف.

ويرى الحنفية أن المنع إن كان لعيب فى ذات التصرف الشرعى كان هذا سبيلا للبطلان إن قام بالممنوع، وإلا فإن كان لوصف ملازم كان سبيلا إلى البطلان فى سائر المعاملات. ووجهة نظرهم فى ذلك أن وجود التصرف الشرعى يتم بوجود أركانه سالمة من الخلل، فإذا كان النهى من الشارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان، فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالمة، وعلى ذلك يعتبر التصرف موجودًا بوجودها مع المنع، ولا مانع من الجمع بين النهى والوجود، لأن أثر النهى الإثم، وجواز فسخ التصرف، ووجوب التخلص منه، ولذلك لايتعارض مع وجوده، بل

إن ذلك لا يكون إلا مع الوجود، فالحكم بالوجود المطلق من الشارع لايتنافى إذن مع نهيه بل يتلاقى معه، ولايعترض بأن اعتبار الشارع له موجودا حكم بمشروعيته، لأن المشروعية تقتضى إقرار الشارع وتثبته وإعانة العاقدين على تنفيذه، ولا أحد يقول هذا، بل إنا نقول أنه موجود وله بعض الأحكام، ولكن الشارع يوجب الفسخ، ويرتب الإثم، كما أن الحكم بوجوده مع النهى عنه لايقتضى عدم رده، لأنا نقرر أن الالتزام به مردود، وهو واجب الفسخ، فلا يلزم أحد العاقدين بموجبه، ولا تترتب الأحكام فيه بذات التصرف، بل بأمر آخر اقترن به.

وإن التوفيق بين الوجود والمنع ممكن فى المعاملات، فصح فيها وجودها مقترنة بالنهى. أما العبادات فلأنها قربات خالصة، ويقرها الشارع موجودة إذا وجدت فيها نية القربة، ولايتصور وجود نية القربة مجتمعة مع نية العصيان، فإذا نهى عن صلاة الحائض، فإذا صلت عاصية ذلك النهى لايتصور اجتماع نية الطاعة مع نية العصيان فى فعل واحد، لذلك كانت العبادات لايتصور وجودها وجودًا شرعيًّا مقترنة بمنهى عنها ملازم لها.

ولقد ترتب إِذَنْ على قول الحنفية أن المنهى إذا كان لوصف لايترتب عليه بطلان التصرف أن فرض الحنفية قسمًا ثالثًا بين الصحة والبطلان وهو الفساد، وذلك إذا كان التصرف مشروعًا بأصله غير مشروع بوصفه بأن اقترن به وصف ملازم نهى عنه الشارع [1].

٢١٤ ـ هذا هو الأصل الأول، أما الأصل الثانى وهو ورود المنع على الوصف وسريانه إلى الأصل فالخلاف فيه مماثل للخلاف فى الأصل الأول، فالفقهاء الذين قالوا : إن النهى إذا ورد لوصف ملازم يبطل التصرف. قالوا : إن المنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل، والذين قالوا : إن المنع إن ورد على الوصف، فالأصل له وجود شرعى إن أوجده المكلف قالوا : إن المنع لايرد على الأصل إلا بمقدار قيام الوصف به، فإذا زال عنه الوصف الممنوع فقد صار الأصل مشروعًا تترتب عليه كل آثاره الشرعية.

---

(١) راجع هذا الخلاف فى المستصفى الجزء الثانى، ص ٣١. وفخر الإسلام الجزء الأول ص ٢٢٦ وما يليها والأزميرى، الجزء الأول، ص ٣٢٠ والتحرير الجزءالأول ص ٣٢٩.

وقد احتج أبو حنيفة وأصحابه فى التفرقة بين المنع الوارد على الأصل والمنع الوارد عل الوصف بأن المنع إذا كان فى نفس الماهية وهى الأركان عرا الخلل هذه الماهية، فلا يكون لها وجود فى نظر الشارع، كمنع بيع الخنزير والميتة، ومنع تصرفات فاقد الأهلية أو ناقصها الضارة به ضرراً محضًا، فإذا حصل تصرف مع هذا المنع كان باطلا، لعدم تحقق الماهية. وبيان ذلك أن أركان كل عقد هى عاقدان ومحل العقد، فمتى وجدت هذه الأركان سالمة عن النهى فقد وجدت الماهية، وتصير معتبرة شرعًا سالمة عن النهى (ولو تعلق النهى بوصف ملازم لها، كالثمن فى البيع، والربا فيه)، وإذا اختل ركن من الأركان بأن كان العاقد ممنوعًا من العقد، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد، كبيع الخنزير والخمر فالعقد باطل، لأن المنع لحق الأركان، فيبطل الانعقاد. وإذا وجدت هذه الأركان، ولكن وجد منع لوصف مقترن بالعقد كالبيع بشرط أن ينتفع البائع مدة من الزمن، وهذا شرط ممنوع عند الحنفية، أو باع بيعًا فيه ربا، ونحو ذلك من العقود التى تتحقق فيها الأركان ولكن يقترن بها وصف ملازم منعه الشارع، ففى هذه الحال تكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة خالية من الخلل، ولكن الخلل قد لحق الوصف، فينعقد العقد، ولايسرى إليه المنع الوارد فى الوصف إلا بمقدار اقترانه به وملازمته له فيكون العقد منعقدًا، ولكن يجب فسخه ما دام ذلك الوصف مقترنًا، فإذا زايله ذلك الوصف الفاسد زال عنه الخلل.

ويؤيد مذهب أبى حنيفة أيضًا أننا لو قلنا : إن كل فساد فى الوصف يسرى إلى الماهية والأركان، ويعود عليها النقض، لسوينا بين الماهية الناقصة لورود المنع عليها وبين الماهية الخالية من المنع، ولو قلنا بصحة العقد وعدم الفساد مطلقًا لسوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وفيما اقترن بها من أوصاف، وبين الماهية السالمة من الخلل فى ذاتها، ولكنها مقترنة به فى صفاتها، وذلك غير جائز، ولا تتأتى التفرقة الحقيقية بين هذه الأقسام الثلاثة إلا بفرض رتبة بين الصحة والبطلان، وتلك الرتبة هى رتبة التصرفات الفاسدة، ومن أجل ذلك قلنا إن العقد أقسام ثلاثة صحيح وفاسد وباطل [1].

---

(١) راجع الفروق للقرافى، الجزء الثانى ص ٨٢.

هذه وجهات النظر التى انبنى عليها أن الحنفية قسموا العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد، وفسروا الباطل على ما كان المنع الوارد من الشارع فيه واردًا على الأركان، والفاسد ما كانت الأركان فيه خالية من المنع، ولكن المنع اقترن بوصف ملازم لها، أو بعبارة أدق : الباطل ما كان غير مشروع بأصله، والفاسد ما كان مشروعًا بأصله غير مشروع بوصفه.

٢١٥ ـ ومما احتج به الذين خالفوا الحنفية أنهم قالوا إننا إن اعتبرنا العقد موجودًا فى نظر الشارع مع وصف الفساد، فإما ألا نرتب عليه أحكامًا قط، وإما أن نرتب عليه أحكام العقد كما اتفق العاقدان، وإما أن نرتب أحكامًا تتفق مع غرض الشارع من غير نظر إلى غرض العاقدين، كالبيع المقترن بشرط ربوى، إن حكمنا بفساده فإما أن لاتكون له أحكام قط، أو أحكامه كما تراضى العاقدان، أو أحكامه كما يتفق مع غرض الشارع، فيمحى الربا ويبقى رأس المال، ولاجائز أن نقرر أنه خال من الأحكام الشرعية، لأننا لو قلنا ذلك لكان العقد الفاسد كالعقد الباطل سواء، وتكون التفرقة لفظية، والتقسيم لاجداء فيه، ولا جائز أن نقرر أن له الأحكام التى تراضى عليها الطرفان، فذلك باطل أيضًا، لأن مؤداه أن يقر الشارع ما نهى عنه، ويبيح ما حرمه، ولايكون ثمة فرق بين الصحيح والفاسد، وذلك تناقض وتهافت فى الأحكام الشرعية لايليق بالشارع الحكيم، ولاجائز أن نقول: إن الشارع يرتب على العقد الفاسد ما يتفق مع غرضه من غير نظر إلى غرض العاقد، لأن ذلك يؤدى إلى المناقضة لحقيقة شرعية، وهى أن أساس العقود الرضا، فقد قال تعالى : ﴿**يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض**﴾ وقال ﷺ : «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» فلو قلنا : إن الشارع يرتب على العقد الفاسد آثارًا شرعية تتفق مع غرضه من غير ملاحظة غرض العاقدين، لألزمنا العاقد بما لم يرضه. وذلك لايصح كما بينا.

وإذا كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدى حتما إلى واحد من هذه الفروض الثلاثة التى لاتتفق مع المنطق ولا مع أغراض الشريعة ومراميها ـ يكون فرضه

باطلا، لأنه يؤدى إلى باطل، ويكـون الحق أن يلحق بالباطـل، ويتسـاويا من كل الوجوه [1].

٢١٦ ـ والعقد الباطل ليس له وجود شرعى، فهو فى حكم العدم، وملغى ليس له أثر شرعى، فمن باع بيعًا بـاطلا فكلامه فى حكم العدم، وكذلك الإجارة وسائر العقـود الباطلة. لأن أركان العقـد إذا لم تتم سالمة، فالعقـد لم يوجد ولم ينعقد، أمـا العقد الفاسد فهـو عقد قد انعقد ووجـد، ولكن لايرتب الشارع عليه آثارًا شرعية من ذات العقد، ويوجب على العاقدين فسخه والتخلص منه، ولايلزم به واحـد من العاقـدين. فهـو لا ينشئ فى ذاته التزامًـا، ويستـمر الفـسخ حـقًّا للمتعاقدين، بل واجبًا عليهما إلى أن يتعذر الفسخ، بيد أنه إذا نفذ العاقدان العقد الفاسـد يرتب الشارع بعض الأحكام على الـتنفيذ بمقـتضى ذلك العـقد، لا على العقـد المجرد، فالبيع الفـاسد مثـلا لايترتب عليه أى أثر للبـيع، ولكل واحد من المتعاقدين أن يفسخه، بـل يجب عليه ذلك، ولكن إذا قبض المشترى المبيع بموجب هذا البيع انتقلت الملكيـة بذات القبض المترتب على العقد، ولكن مع ذلك يـستمر الفسخ واجبًا، إلى أن يحدث تصرف يمنع الفسخ.

ففى هذه الحال لايكون الفسخ واجبًا، ولكن الإثم يستمر ملازمًا، ولا يجب فى البيع الفاسد والإجارة الفاسدة ونحو ذلك العوض المذكور فى العقد، بل يكون الواجب هو ثمن المثل أو أجـرة المثل بشرط ألا تزيد عن المسـمى ونحو ذلك، لأن محل العـقد إذا استوفى فى العـقد الفاسد لايستـوفى بمقتضى العـقد المجرد، بل يستوفى بسبب الـتمكين الذى أنشأه العقد، فيجب أن يـعوض المالك لمحل العقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالعقد إذا كان فاسدًا فالتسمية فاسدة، وإذا فسدت التسمية يجب عـوض المثل، فمن باع بيعًا فاسدًا تكون تسميـة الثمن فاسدة أيضًا، والشارع لايلزم بمقتضى أمر قد قرر فسـاده، وبما أن المشترى قد استولى على محل العقد بمقتضى عـقد منعقد، فالواجب حينئذ عوض المثل، حيث فسـدت التسمية، فتكون كالملغاة.

---

(١) استخلصنا هذا الدليل من الفروق للقرافى، الجزء الثانى، ص ٨٦.

هذا حكم العقد الباطل والفاسد. أما حكم العقد الصحيح، فهو ترتيب الآثار الشرعية عليه، وعدم جواز استقلال أحد العاقدين بفسخه إن كان لازمًا، وفى الجملة العقد الصحيح تترتب عليه الآثار الشرعية كلها على حسب قوة إنشائه ومقدار ما أعطاه الشارع من قوة.

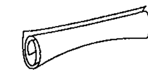
٢١٧ ـ علمنا مما تقدم أن ركن العقد العاقدان ومحل العقد، فإذا كانت عبارة العاقدين غير صالحة لإنشاء العقد كعبارة فاقد الأهلية، أو كان محل العقد غير صالح لحكمه، فالعقد باطل، وذلك بدهى فى الأولى، لأن أحد العاقدين إذا كان فاقد الأهلية فعبارته ملغاة لا اعتبار لها، وهى فى حكم العدم، فلم يوجد عقد، بل لم توجد حتى صورة العقد التى تكون شبهة تسقط الحد فى بعض الأحوال. وأما الثانية، وهى عدم صلاحية المحل لحكم العقد؛ فهى توجب البطلان أيضًا، وهى تختلف عن أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد، كما بينا، وذلك واضح جد الوضوح فى العقود المالية [١].

٢١٨ ـ وأما الفرق بين أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد اللازمة، وبين البطلان لعدم صلاحية المحل فى النكاح، فذلك هو موضع النظر الدقيق والتمحيص، وذلك أن عبارات كثيرين من المؤلفين فى الفقه الحنفى، وعلية المحققين فيه تفيد أنهم لايرون فرقًا فاصلا بين بطلان النكاح لعدم صلاحية المحل للعقد، وبين النكاح الفاسد لخلل فى الأوصاف اللازمة للعقد كالنكاح بلاشهود، وغير ذلك من الأنكحة التى حكم الفقهاء بفسادها لخلل لحق بأوصافها، فصاحب الهداية لم يذكر فرقًا بين باطل النكاح وفاسده، وهو أحيانًا يعبر عن النكاح غير الصحيح بالفاسد وأحيانًا بالباطل من غير سبب يجعل هذا مختصًا بتلك التسمية والثانى بالتسمية الثانية، ويعلق عليه كمال الدين بن الهمام فيقول : «إن التعبير مرة بباطل ومرة بفاسد لأنه لافرق بينهما فى النكاح بخلاف البيع» [٢]. وتجىء عبارات مختلفة فى فتح القدير تثبت أن التحقيق فى العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء، وترى أيضًا الكاسانى فى البدائع لايذكر فرقًا بين فاسد النكاح وباطله،

---

(١) وقد فصلنا الكلام فى ذلك فى محل العقد فارجع إليه.

(٢) الهداية وفتح القدير الجزء الثانى، ص ٣٨٢.



وعباراته وتعليلاته تشير من قرب إلى أنهما ليسا إلا نوعًا واحدًا مقابلا للصحيح، ولذا يقول فى النكاح الفاسد ما خلاصته : «إن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله، أعنى محل حكمه، وهو الملك لأن الحرية خلوص، والملك ينافى الخلوص، ولأن الملك فى الآدمى لايثبت إلا بالرق، والحرية تنافيه، إلا أن الشرع أسقط اعتبار هذه المنافاة فى النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك، وفى النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد، وصيانة مائه من الضياع بثبوت النسب ووجوب العدة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة، فوجب المهر، فجعل منعقدًا فى حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة، ولاضرورة قبل استيفاء المنافع» فترى من هذا التعليل أنه لايفرق بين الفاسد والباطل بل يجعل البطلان لعدم صلاحية المحل لأحكام النكاح نوعًا من فساد العقد يسرى عليه ما يسرى على كل أحكام العقد الفاسد الذى لايفرق عن الباطل.

ويجىء التصريح فى النهاية وغيرها من كتب الفقه بعدم التفرقة، وأصول فخر الإسلام وشرحه، وحاشية الأزميرى فى الأصول على هذا أيضًا، ولذلك نكاد نحكم بأن المذهب الحنفى لايفرق بين باطل النكاح وفاسده على النحو الذى بيناه.

٢١٩ ـ وفى الحق أن المحققين من المؤلفين يجعلون النكاح الباطل لعدم صلاحية المحل كنكاح المحارم أو الإخلال بوصف من أوصافه ـ حقيقة شرعية واحدة. فيصرحون بأن العقد على المحارم والنكاح بلا شهود كلاهما باطل، فيقول فخر الإسلام فى أصوله أن النكاح بلا شهود باطل، ويعلل ذلك بقوله : «لأنه منفى بقوله ﷺ، لا نكاح بلا شهود، وكان النفى فسخًا وإبطالا، وإنما يسقط الحد، ويثبت النسب والعدة لشبهة العقد» وفى التوضيح «إن النكاح بلا شهود مثل بيع المضامين والملاقيح [1] فى البطلان، لأنه منفى بقوله ﷺ بلا شهود».

---

(١) المضامين ما فى أصلاب الآباء والملاقيح ما فى بطون الأمهات، وكلاهما بيعه باطل لا فاسد، لعدم قبول المحل لحكم البيع، لأنها غير محققة الوجود الذى يكون مقدور التسليم.

ومن كل هذا يفهم أن الخلل فى أوصاف عقد النكاح كالخلل فى ركن العقد لعدم صلاحية محل العقد لحكمه يكون كلاهما سببًا فى بطلان العقد. ثم بالرجوع إلى التعليل الذى يعللون به ذلك نجده يرمى إلى رفع فاسد النكاح إلى درجة باطله؛ فالنكاح بلا شهود يعتبرونه باطلا، لأن الحديث نفى وجوده، فكان فى حكم المعدوم. وجاء فى حاشية الأزميرى : «وفى النهاية المراد بالفاسد فى باب النكاح هو الباطل، لأن ثبوت الملك فى باب النكاح مع المنافى، إنما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل، فلا حاجة إلى عقد لايتضمن المقاصد، ولايثبت الملك. وهو الفاسد، لأن ما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها، فظهر منه أن كل نكاح ورد فيه التحريم، كنكاح المحارم ونكاح المتعة، والنكاح المؤقت وغيرها باطل، وإنما عبروا عن بعضها بالفاسد إشارة إلى الفرق بين المختلف فيه فى صحته وفساده، وبين المتفق على بطلانه، فعبروا عن الخلافية بالفساد، وعن الاتفاقية بالباطل».

ومن كل هذا يتبين أن النكاح ليس له إلا قسمان: صحيح، وباطل. ولم يثبتوا الفاسد. وعللوا ذلك كما تقدم بأن الأصل فى العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة أنها حرام، والعقد هو الذى يوجد الانتقال من الحرام إلى الحلال، فإذا ورد نهى من الشارع عن هذا العقد فقد نفى بهذا النهى التحليل الذى أعطاه لعقد النكاح، فيصير العقد لايثبت حلا، وبهذا يفقد كيانه ووجوده، ويعتبر غير موجود، . ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النهى لخلل فى الركن أو لخلل فى الوصف.

بيد أن النكاح الباطل إذا كانت له صورة العقد كان شبهة [1]، فإذا دخل الرجل بالمرأة فى هذه الحال كانت صورة العقد مانعة من إقامة الحد، لأنها شبهة والحدود تدرأ بالشبهات. وإذا لم يكن الدخول فى حكم الزنا فى الدنيا؛ تثبت به العدة ويجب به المهر. ويثبت به النسب. وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح،

---

(١) على خلاف فى بعض الصور بين الإمام وصاحبيه، والمراد بالحد حد الزنا، وهو رجم المحصن، وجلد غير المحصن مائة جلدة.



ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد، وهو يثبت للوطء بشبهة كمن تزف إليه امرأة فيغشاها ظانًا أنها عروسه، وليست هى، فيثبت بالدخول بها الأمور السابقة للشبهة ولو لم يكن عقد، لأن الشبهة هنا هى الجهل الذى لم تتوافر معه أسباب العلم.

أقسام العقد الصحيح

٢٢٠ - قد بينا أن العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافًا إلى محل صالح لحكمه، وسلم من خلل فى ركنه أو فى أوصافه، وهو بهذا يشمل نوعين من العقود : (١) العقود الصادرة عن أهلها، وعمن لهم ولاية إنشائها. (٢) والعقود الصادرة من أهلها، ولكن ليست لهم ولاية إنشائها، بأن لم يكونوا ذوى الشأن فيها، وليست لهم نيابة عن صاحب الشأن بولاية شرعية أو وصاية أو وكالة. والقسم الأول من العقود هو العقود النافذة، والقسم الثانى هو العقود الموقوفة.

فالعقد الصحيح النافذ ما صدر من أهله مضافًا إلى محله، وسلمت أوصافه من الخلل، وكان صدوره عمن له ولاية على العقد، وأما العقد الموقوف، فهو ما صدر عن أهله مضافًا إلى محله مع سلامة أوصافه، ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولى، وبيع ناقص الأهلية وشرائه ونكاحه، فإن هذه العقود صحيحة موقوفة.

ونرى من هذا أن الفقهاء يعدون الموقوف من أقسام الصحيح : لأن العبارة فيه تنشأ موجبة أحكامًا، ولكن لأنها تلزم من لم يشترك فى إنشائه يتوقف العقد على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل، فالعبارة صدرت صحيحة، لصدورها عن ذى أهلية فى محل صالح، فيكون العقد صحيحًا، ولكن تتأخر الأحكام إلى وقت الإجازة. والشافعى يخالف فى ذلك، ويرى أن العقد الموقوف من أقسام العقد الباطل، وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد، وليست بشرط للنفاذ فقط. فكل عقد صدر عمن ليست له ولاية العقد،

فعبارته ملغاة لايلتفت إليها. فعقود قاصر الأهلية باطلة، لأنه ليس ذا ولاية، وكذلك عقد الفضولى [1]، لعدم ولايته على محل العقد. وعلى ذلك يقرر الشافعى أن العقد الموقوف عقد باطل ولا يعد من أقسام الصحيح.

٢٢١ ـ والأصل فى العقود الصحيحة أن تكون لازمة، ليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها، وإبطال التزامها، وذلك لأن العقود تعقد لمقاصد وأغراض، وإشباع حاجات، فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازمًا على كلا طرفيها، ولأن العقود عهود، وعدم الوفاء بالعهد نكث فى الذمة، وقد قال تعالى : ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا**﴾ ولأن الوفاء بالعقود لازم بنص القرآن : إذ يقول الله تعالى : ﴿**يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾، ولأن آثار العقود التزامات، والالتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة.

بيد أنه مع أن الأصل فى العقود أن تكون لازمة لاحظ الشارع أن من مصلحة العاقدين، ومن تمام الاستيثاق من الرضا عن بينة أن يجعل ما هو لازم ليس بلازم أحيانًا، بل إن من شأن بعض العقود أن تكون التزاماتها من جانب واحد، فالعاقد الآخر غير ملزم بالتمسك بها، لأنها بالنسبة له ليست عهدًا واجب الوفاء، كالكفالة بالنسبة لصاحب الحق الذى كان موضوع الكفالة. بل إن من العقود مالا يكون من مصلحة العاقدين،والمعاملات المالية أن تكون لازمة، لهذا كله جعل الشارع بعض العقود لازمًا وبعضها غير لازم، وبينهما درجات فى اللزوم وعدم اللزوم. وعلى ذلك قد قسم الفقهاء العقود بالنسبة للزوم إلى أربعة أقسام :

(القسم الأول) عقود لازمة غير قابلة للفسخ، وهى عقود النكاح والخلع، فإن النكاح إذا انعقد لازمًا لايقبل الفسخ، فلا يمكن العاقدين أن يتراضيا على فسخه أو إبطاله، لأنه متى انعقد لايبطل، ومثله الخلع، إذا انعقد لايستقل أحد

---

(١) راجع تصرفات الفضولى وتصرفات قاصر الأهلية، فقد بينا هناك مذهب الشافعى بأدلته، هذا ويلاحظ أن القانون الحديث لايعتبر العقد الموقوف من أقسام الصحيح، بل يعتبره من أقسام الباطل، مع أنه يوافق الحنفية فى تصرفات الفضولى، ولكن مع أنه يعده من أقسام الباطل يقرر أنه باطل نسبيًا، لأنه يصير إلى البطلان فى حال عدم الإجازة، وذلك نظر دقيق.



العاقدين بفسخه، وإذا تراضيا على فسخه لايفسخ، وقد يقول قائل : إن النكاح غير لازم بالنسبة للزوج، لأنه يملك التخلص منه بالطلاق. والجواب على ذلك أن الطلاق ليس فسخًا للنكاح، بل هو إنهاء له، ووضع حد لآثاره، إذ الفسخ يأتى على أصل العقد بالإبطال، فيصير به العقد كأن لم يكن، كالمتبايعين إذا تقايلا البيع، وكالمرتهن إذا فسخ الرهن، فإن العقد فى هذه الحالة يعتبر بالنسبة للعاقدين كأنه لم يوجد، والطلاق ليس كذلك، لأن الطلاق مبنى على النكاح، ولايتصور من غير انعقاد النكاح، إذ هو ثمرة من ثمراته، فلا يمكن إذن أن يأتى على النكاح بالنقض، لأنه الأصل الذى قام عليه، فلا يعتبر الطلاق فسخًا، بل يعتبر إنهاء للحياة الزوجية، مع بقاء آثار العقد التى وجدت بمقتضاه قبل الطلاق، بل قد يكون الطلاق تقريرًا لبعض أحكام العقد، فهو يقرر حق المرأة فى نصف المهر إن كان قبل الدخول، ويجعل لها حق المطالبة بمؤخر الصداق إن كان بعد الدخول.

والعقود اللازمة التى لاتقبل الفسخ لاتدخلها الخيارات فلا يدخلها خيار الشرط ولا الرؤية، كما لايدخلها خيار العيب فى الجملة [1]، وذلك لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق فى فسخ العقد، وذلك ينافى طبيعة هذه العقود؛ لأنها لاتقبل الفسخ من أحد العاقدين، أو منهما مجتمعين كما قررنا، ولأن أنواع الخيارات لاتدخل هذه العقود، قال الفقهاء فيها: إنها لاتتراخى أحكامها عن أسبابها، لأن الخيار من شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد، فدخوله فى العقد يجعل فاصلا بين العقد والتزاماته أو بين سببه وهو الصيغة وآثاره وهى الأحكام.

و(القسم الثانى) عقود لازمة تقبل الفسخ، فيجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد، ويكون الفسخ بالنسبة لهما فى حكم إبطال العقد، وكأنه لم يكن، وهذه هى عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك، وهذه العقود قسمان :

---

(١) أما فى التفصيل فخيار العيب يدخل فى بعض الأحوال النادرة على خلاف طويل بين الفقهاء فى ذلك. موضعه كتاب النكاح، والتفريق للعيوب، ومن الخيارات التى تدخل عقد النكاح خيار البلوغ وهو أمر استثنائى فيه.

(أ) عقـود القبض لازم لها، وهى الصـرف والسلم، وبيع الربويات، وهذه تكون لازمة وليس لأحد العاقدين أن يشترط لنفسه حق فسخها فى مدة معلومة بأن يشتـرط لنفسـه خيـار الشرط، وذلك لأن هذا الشـرط ينافى القبض الـلازم لهذه العقود، فـاشتراطه يكون منافيـًا لمقتضى العقـد، فلا يصح، على ذلك تكون هذه العقود لازمة، ولايعطى أحـد العاقدين حق فسخها بشـرط فاسخ، والقسم الثانى من عقود المعاوضات عقود لايلزم القبض فيها كسائر البيوع، وكالإجارات وغيرها، وهذه تكون لازمـة، لايستـقل أحد العـاقدين بفـسخـها، ولهـما أن يفـسخـاها بالتراضى، لأنها قابلة للـفسخ، ولكن مع ذلك لأحد العاقدين أن يستقل بفـسخها إذا اشترط ذلك لنفسه فى العقد مدة معلومة، وذلك بما يسمى خيار الشرط عـلى ما نوهنا إليه.

وعقود المعاوضات فى الجملة لايثبت لها اللزوم عند الشافعى وابن حنبل إلا بعـد تفرق المجـالس. أما قـبل تفرق مـجلس العقـد فلكلا العاقـدين عند هذين الإمامـين فسخهـا بخيار المجلس، وخـالف فى ذلك بقية الأئمـة على ما بيناه فى خيار المجلس فى أول الكلام فى العقود. ثم شرط لزومها خلوها من خيار الشرط والرؤية والعيب، لأنها إن وجد أحدها كان العقد غير لازم، لعدم تكامل الرضا.

(القسم الـثالث) عقـود لازمة بالنسبـة لأحد العاقدين، غـير لازمة بالنسـبة للعاقد الآخر، وذلك مـثل الرهن والكفالة، فإنهما عقـدان لازمان بالنسبة للراهن والكفيل، لتـعلق حق المرتهن والمكفول له بالعين المرهونة، وبذمـة الكفيل، ولكن هذين العقدين غيـر لازمين بالنسبة للمرتهن والمكفول له، لأنهمـا بالنسبة لهذين، للاستيثاق من استيفاء حقوقهما، ولهما أن ينزلا عنها، فلهما بالأولى أن يتنزلا عن الاستيثاق من استيفائها، وكذلك كل عقـد يكون فيه أحد العاقدين قد تعهد تعهدًا أوجد لغيره حقًّا قبله من غير أن يكون له حق فى نظيره، قبل هذا الآخر، فإنه فى هذه الحال يكون ملزمًـا بالوفاء، والآخر غيـر ملزم بشىء، فلايكون العقـد لازمًا بالنسبة له.

(القسم الرابع) عقود غير لازمة بالنسـبة لكلا العاقدين، فلكلا العاقدين أن يفسخـها منفردًا بفسخـها، مستقلا به، ولـو لم يرض الطرف الآخر، وهذا يشمل

عقد الوكالة وعقود التبرع التى لم تخرج على أبواب الصدقات، وكذلك عقود التبرع المضاف إلى ما بعد الموت، فكل هذه العقود لكلا العاقدين أن يفسخها منفردًا، ولو لم يرض الطرف الآخر.

وعقود الشركات لاتكون لازمة أيضًا، لأنها فى مضمونها ليست إلا عقود وكالة، لأن كل واحد من العاقدين قد وكل الآخر فى التصرف عنه فيما يملك من التصرفات على ما هو مبين فى باب الشركات.

هذه هى أقسام العقود بالنسبة للزوم وعدمه، وللفقهاء اختلاف فى دخول بعض العقود فى أحد الأقسام دون الآخر وهو مبين فى موضعه من هذه العقود، ونحن هنا لانتعرض إلا للقضايا العامة.

الخـــيارات

٢٢٢ ـ الخيارات جمع خيار. ومعناه الاختيار [(١)] ومعناهما فى الجملة طلب خير الأمرين، والاتجاه إليه، ويقول ابن الأثيـر فى النهاية فى معنى كلمة الخيار فى قوله ﷺ : البيعان بالخيار ما لم يتفـرقا «الخيار اسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين إما إمـضاء العقد أو فـسخه» وهذا المعنى الذى ذكره ابن الأثيـر قريب من المعنى الشرعى لهـذا اللفظ الذى اختصت به الشـريعة الإسلاميـة من بين القوانين الحـديثة، فـإن المعنى الاصطلاحى لذلـك اللفظ هو أن يكون لأحـد العاقـدين أو كليهمـا الحق فى فسخ العقد، بأن يعطى الحق فى تـخير أحد الأمرين إمـا إمضاء العقد وتقريره، أو فسخه ونقضه من أساسه.

وإذا كان هذا هو المعنى الشـرعى للخيارات فهـو يومىء من قرب إلى العلة الدافعـة لشرعـية الخيـارات، وهى الاستـيثاق من الرضـا، والتأكـد من وجوده، والتعرف لما يعـود على العاقد له من وجوه النفع، وما يغرم فى سـبيلها، والموازنة بينهما موازنة تكون على بينة من حقيقتهما، لذلك جعلها الشارع فى أحوال خاصة أو عند اشتراط أحـد العاقدين لنفسه حق الفسخ أو الخـيار، وذلك إذا كان الرجل على شك من أن العـقد فى مـصلحـته ويريد التـروى، ودراسة الموضـوع من كل نواحيـه من غير أن يفـوته العقد، فـقد يدفعـه نقص خبرته إلى أن يشـترط ذلك لنفسه. أو أن يشتـرطه لشخص آخر يهمه رضاه بالعقد، ليـستوثق من أنه كان فى مصلحته، ثم أحيانًا يكون علم الشخص بالمعقود عليه ناقصًا، فيلاحظ الشارع هذا النقص، فيعطيه حق الفسخ، ليكون رضـاه على علم وبينة، بل أحيانًا يرضى عالمًا بالمعقود عليه على أنه سليم خال من العيوب، ثم يبين معيبًا بعيب لم يكن يعلم به وقت العقد، فأعطاه الشارع حق الفسخ لهذا أيضًا.

ومن كل هذا يتبين أن شرعية الخيارات كانت للاستيثاق من أن الرضا بالعقد قام علـى أساس من العلم الصـحيح، كـما تبـين أيضًا أن الخـيارات تثبـت بأحد أمرين:

---

(١) ويقول النحويون إنه اسم مـصدر للفعل اختار، لأن اسم المصـدر ما كان فيه معنى المصـدر دون حروفه، ولاشك أن هذا معنى كلمة الاختيار، وهى المصدر دون حروفه.



(١) إما باشتراط العاقد، ليتم له العلم الصحيح بمغانم العقد ومغارمه.

(٢) وإما بتقرير الشارع دفعًا لنقص فى العلم الذى قام عليه الرضا، أو منعًا لتغرير وتجهيل فى صحته.

وعلى ذلك تكون الخيارات قسمين : أحدهما ثبت باشتراط العاقد، وهو يشمل فرعين : أحدهما خيار التعيين، والثانى خيار الشرط، والقسم الثانى يثبت بإثبات الشارع، وذلك يشمل خيارات كثيرة بعضها يختص بعقد لايعدوه كخيار العتق، وخيار البلوغ [١]، وبعضها يعم عددًا من العقود ولا يختص بواحد منها، وما دمنا نتكلم فى القواعد العامة فلنتكلم من هذا النوع على ما يعم، ونترك ما يخص إلى الكلام فى العقود التى تختص به فى الأحوال الشخصية. والذى يعم خياران فقط هما خيار العيب وخيار الرؤية، وإذن فلنتكلم على خيارات أربعة هى خيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب.

خيار التعيين

٢٢٣ ـ يدخل هذا النوع من الخيارات فى عقود المعاوضات المالية التى تفيد تمليك الأعيان، فيثبت فى البيع، والهبة بعوض بشروط فى العقد، والصلح الذى هو فى معنى البيع، ومعناه أن يكون المشترى أو البائع بالخيار بمقتضى شرط فى العقد أن يعين واحدًا من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها فيما بينها، فالعقد يكون معقودًا على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق فى تعيين ذلك الواحد.

ثبوت ذلك النوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء، لأنه مخالف للقياس، إذ القياس يقتضى أن يكون محل العقد معينًا معلومًا، والتخيير بين واحد

---

(١) قد آثرنا أن نترك الكلام فى هذين النوعين من الخيار وما يشبههما كخيار الكفاءة لأنها تختص بالأحوال الشخصية ونحن لا نمسها إلا على قدر الضرورة، وخيار العتق أن يثبت للأمة حق اختيار نفسها بعتقها إذا زوجت وهى أمة، وخيار البلوغ أن يكون للغلام أو الفتاة إذا بلغا حق الفسخ إذا زوجهما غير الأب والجد من الأولياء.

من ثلاثة تجهيل له، فلا يكون العقد صحيحًا، لأنه غرر وكل غرر يفسد العقد على نحو ما علمت فى محل العقد، ولقد أخذ بهذا القياس أحمد بن حنبل والشافعى وزفر، فقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه : «لايجوز أن يبيع عبدًا غير معين، لأنه مجهول، ولأنه غرر، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر، ولا عبدًا من عبيده سواء قلوا أم كثروا، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة : إذا باعه عبدًا من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار صح»[1]، فمذهب الحنفية خالف فيه القياس إلى الاستحسان، ووجهه أن الحاجة إليه ماسة، لأن من الناس من لايغشون الأسواق، ولايصفقون فيها، كالأكابر وكالمخدرات من النساء، فاحتاجوا إلى أن يأمروا بالشراء لهم، ثم لاتندفع حاجتهم بشراء شىء واحد معين من جنس ما يرغبون فى شرائه، فعساه لايوافق رغبتهم من كل الوجوه، فيحتاج إلى أن يشترى رسولهم أو وكيلهم واحدًا من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس، ويحملها إليهم، ليختاروا أحدها، ولأن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من العقود إذ جرى التعامل به، وجرى عرف الناس على إقراره، ومن المقرر فقهيًّا أن العرف يكون حجة يخالف بها القياس. وجهالة المبيع هنا مغتفرة، لأنها لاتفضى إلى المنازعة، وما كانت الجهالة مفسدة للعقد لذاتها، ولكن لأنها مفضية إلى النزاع، فإذا لم يتحقق فيها ذلك الوصف فلا تتحقق سببًا للفساد، فيصح معها ولا تبطله.

٢٢٤ ـ ويشترط لصحة العقد مع هذا الخيار ثلاثة شروط : **(أولها)** أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء فأقل، فإن كان بين أربعة فأكثر لم يصح، **(ثانيها)** أن تكون هذه الأشياء التى يجرى التخيير فيها متفاوتة فيما بينها لكى يتحقق التخيير بين أحدها، وأن يذكر مع كل واحد ثمنه ليكون الثمن معلومًا، **(ثالثها)** أن يكون للخيار مدة معلومة، حدها أبو حنيفة بثلاثة أيام لاتتجاوزها، واكتفى الصاحبان بأن تكون معلومة، وليس لها حد أعلى، فكل أمد يذكر يصح معه العقد مهما يتطاول ويمتد، وقال آخرون أن خيار التعيين ليس له مدة معلومة.

هذه هى شروط خيار التعيين التى لابد منها لصحة العقد معه، وإن لم تتحقق فسد العقد، وقد عللوا اشتراط أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء بأن شرعية

---

(١) الشرح الكبير، الجزء الرابع ص ٢٩.

خيار التعيين للحاجة، والحاجة تقدر بقدرها، فيكتفى بما يدفعها، ولاشك أن التخيير بين ثلاثة لايتجاوزها، فيه دفع لها، لأن الثلاثة تشتمل على الجيد والمتوسط والردىء، وبالتخيير بينها تدفع الحاجة التى جعلت الفقهاء يقررون خيار التعيين خروجًا على القياس إلى الاستحسان، فيكون التخيير بين أكثر من ثلاثة تخييرًا لاحاجة إليه فيبقى على أصل القياس.

وعللوا اشتراط التفاوت بين الأشياء المخير فيها مع بيان ثمن كل واحد، بأنها إن لم تكن متفاوتة فى مزاياها لم يكن للتخيير بينها معنى، فيكون عبثًا، وبأنه إن لم يذكر الثمن وكان مجهولا فسد البيع، لأن هذه الجهالة تفضى إلى المنازعة، ولأن الفقهاء يقررون أن حكم العقد مع خيار التعيين أن العقد يكون معقودًا فى واحد من الثلاثة أو الاثنين غير معين، ولا يتأتى ذلك إلا إذا ذكر أمام كل واحد ثمنه.

وعلل أبو حنيفة تعيين مدة الخيار بثلاثة أيام بأنه يشبه خيار الشرط، وخيار الشرط عنده لاتتجاوز مدته ثلاثة أيام. والصاحبان فى اشتراطهما تعيين المدة من غير ذكر حد أعلى لها يسيرون على أصلهم فى خيار الشرط، وسنبين وجهة نظر الفريقين فى ذلك عند الكلام فى خيار الشرط.

ووجهة نظر الذين لم يعينوا لخيار التعيين مدة أن المدة شرط فى كل خيار لايثبت معه أثر العقد، ليعلم متى يثبت الأثر، فاشترطت فى خيار الشرط على ما سيجىء، لأنه يؤخر الحكم بالنسبة لمن له حق الخيار، أما خيار التعيين فيثبت فيه الحكم وفى واحد غير معين بدليل أنه لو مات من له الخيار ينتقل الملك لورثته فى واحد غير معين، ويكون لهم حق التعيين، ولأن الحكم فى العقد الذى قارنه شرط خيار التعيين يثبت بمجرد العقد لم تثبت فيه مدة.

ولكن الأمثل والأعدل بالنسبة للعاقد الآخر الذى لم يكن له الخيار أن تكون هناك مدة ليستطيع أن يعرف مآل ملكه، والنهاية التى ينتهى إليها من له الخيار بحيث إذا مضت المدة، ولم يختر، أجبر على الاختيار والتعيين.

٢٢٥ ـ ولقد قال بعض الفقهاء إن خيار التعيين لايصح إلا إذا كان معه خيار شرط، بأن يشترط العاقد الذى اشترط لنفسه خيار التعيين أن يكون له حق

الفسخ مدة معلومة، وهذا هو اختيار شمس الأئمة السرخسى، وقال فيه : إنه الصحيح، وجاء فى الجامع الصغير. وقال بعضهم : لايشترط أن يصحب خيار التعيين خيار شرط، وهو المذكور فى الجامع الكبير، وما ذكر فى الجامع الصغير اتفاقى لا على وجه الاشتراط، وقال فى هذا القول فخر الإسلام : إنه الصحيح.

وعلى رأى من يرى أن خيار التعيين لابد أن يصحبه خيار شرط، يكون لمن له الخيار الحق فى تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين، ويكون له الحق فى فسخ العقد من كل الوجوه بمقتضى خيار الشرط، إذ خيار الشرط يجعل فى فسخ العقد مطلقًا، لا فى تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين. وأما على رأى من يقول إن خيار التعيين لايشترط لتحققه وجود خيار الشرط معه فقد قالوا : إن لمن له الخيار الحق فى اختيار واحد من الثلاثة وليس له أن يردها جميعًا، لأن العقد منعقد بات لازم بالنسبة لواحد غير معين، وعلى من له الخيار التعيين، وقال الكرخى: إن له أن يردها جميعًا، لأن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط يجعل العقد غير لازم (١). وجاء مثل هذا فى البدائع للكاسانى، وعلله بأن الملك الذى يثبت مع خيار التعيين فى واحد غير لازم، ولمن له حق الخيار على هذا أن يردها جميعًا، ويشبه هذا الملك بالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والعيب (٢).

٢٢٦ ـ وخلاصة القول أن وصف العقد الذى يكون مقترنًا به اشتراط خيار التعيين لأحد العاقدين أن العقد يكون منعقدًا، ويثبت أثر الملك فيه للمشترى فى واحد غير معين من ثلاثة الأشياء أو الاثنين، وهذا هو الراجح فى المذهب. ويرى بعض الفقهاء وهم الأكثرون أن من له الخيار ليس له الحق فى فسخ العقد، ولكن له فقط أن يعين ما يشاء، ويرى بعضهم أن له الحق فى تعيين ما يشاء، كما له الحق فى فسخ العقد نفسه، لأن الملك الذى يثبت به ملك غير بات كالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والشرط.

---

(١) راجع الزيلعى، الجزء الرابع، ص ٣١.

(٢) البدائع للكاسانى، الجزء الخامس، ص ٢٦٣.

وينتهى الخيار باختيار واحد مما خير فيه صراحة بأن يقول: اخترت هذا، أو دلالة بأن يتصرف تصرفًا يدل على اختياره لأحدها كأن يخير بين ثلاثة أثواب فيأخذ أحدها ويخيطه فهذا فعل يكون اختيارًا لأحدها بدلالة الفعل لا بدلالة القول.

وكما ينتهى الخيار باختيار أحدها صراحة أو دلالة ينتهى بهلاكها وبقاء واحد بعينه، ففى هذه الحالة يكون متعينا للاختيار، وفى كتب الفقه تفصيل فى الهلاك فليرجع إليه فيها، وليس كتابنا لتفصيل أحكامها، بل لإجمال كلياتها.

خيار الشرط

٢٢٧ ـ خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان، كأن يقول المشترى مثلا اشتريت هذه العين بثمن كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام. وهذا الشرط يكون مقارنًا للعقد، وهو مخالف لمقتضاه، ولذلك قالوا: إن الأصل والقياس أن يكون شرطًا فاسدًا مفسدًا لعقد المعاوضة، ولكن الفقهاء أجازوه استحسانًا، لسببين :

أحدهما : ورود الأثر بصحته وإجازته، فقد ورد فى الحديث أن حبان بن منقذ كان يغبن فى البياعات فقال له النبى ﷺ «إذا بايعت فقل لا خلابة، ولى الخيار ثلاثة أيام» [(١)] فهذا الحديث صريح فى إجازة الشرط، ومن المقرر أن ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحًا، وإن كان مخالفًا لمقتضى العقد، لأن النص فى الشريعة حاكم على العقود، لا خاضع لأقيستها.

ثانيهما : أن الحاجة قد تدعو إليه، فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع إما لعدم الصفق فى الأسواق، أو لأنه لم يكن ذا خبرة تامة بصنف المعقود عليه، وقد

(١) جاء فى فتح القدير فى بيان سياق الحديث «عن ابن عمر قال : كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفًا، وكان قد أصابته فى رأسه مأمومة فجعل له رسول الله ﷺ الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه، وكان قد ثقل لسانه، فقال له النبى ﷺ : «بع وقل لا خلابة» وكان يشترى الشىء، فيجىء، فيقولون هذا غال، فيقول إن رسول الله ﷺ قد خيرنى فى بيعى»، الفتح الجزء الخام، ص ١١١.

يريد أن يشاور من يهمه الرضا بالعقود عليه، فكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشترطًا لنفسه حق الفسخ أمدًا حتى يستطيع أن يدرأ عن نفسه التغرير ومغبته، باستشارة أهل الخبرة، وحتى يضمن رضا من يهمه رضاه، وترى من هذا أن الحكمة فى شرعية خيار الشرط هى الاستيثاق من الرضا، والتمكين من أسبابه، والاحتياط له بحياطته بكل دواعى العلم ليكون على بينة تامة، ومعرفة صحيحة.

٢٢٨ ـ ومدة الخيار ثلاثة أيام لاتزيد عنها، وقد تنقص، وهذا عند أبى حنيفة وزفر والشافعى، وقال الصاحبان وأحمد بن حنبل: يصح إذا ذكرت مدة معلومة، ولو كانت طويلة. وقال مالك : الأصل أنه يكون لثلاث ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك، كأن يكون من يريد استشارته فى قرية لايصل ويعود منها فى ثلاثة أيام، ففى هذه الحال يصح الخيار للمدة التى تسع الذهاب والأوبة والاستشارة.

وحجة الذين قيدوا المدة بالثلاثة لاتعدوها أن شرط الخيار ثبت على خلاف القياس إذ هو شرط مخالف لمقتضى العقد، وقد ثبت به وهو حديث حبان الآنف ذكره مقصورًا على ثلاثة، فلا يتجاوز به الثلاثة، وفوق هذا فقد ورد عن ابن عمرأنه قال : «ما أجد أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان، جعل الخيار ثلاثة أيام، إن رضى أخذ، وإن سخط ترك» (١).

هذه حجة أبى حنيفة وزفر والشافعى، وهى حجة مالك أيضًا، لأنه يقيد المدة بها أيضًا، غير أنه يقول إن الحاجة أيضًا تتيح مخالفة مقتضى العقد ما لم تصادم نصًا، لذلك جاز ذكر مدة أطول من ثلاثة إن وجدت حاجة داعية، وأيضًا فإذا لم تكن الثلاثة كافية لم يكن لشرعية الخيار للشخص فائدة، فكان من معنى النص إباحة أكثر من الثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر منها.

وحجة الصاحبين وأحمد بن حنبل أن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن، ومنع التغرير، والأمن من الانخداع، وقد تدفع الحاجة إلى تعيين مدة أطول، فجاز

---

(١) الشرح الكبير، الجزء الرابع ص ٦٦.



تعيين هذه المدة، ويترك الأمر إلى تقدير العاقدين، وكون الخيار شرع على خلاف القياس لايستدعى الاقتصار على ذكر المدة المذكورة فى الحديث، فربما ذكر الرسول ﷺ هذه المدة لكفايتها لحبان ولكن عساها لاتكفى غيره، ممن يكون ذووه الذين يستشيرهم غائبين عنه وليسوا مقيمين معه كحبان، وإن قصد العاقدين إلى تعيين مدة أطول دليل على حاجتهم إليها، وهو ضابط صالح لتعيين الحاجة، وأيضًا، فإن الحديث شرع شرط الخيار لمعنى معقول لاتعبدًا، وهو خشية الغبن فى البياعات، فكل موضع ثبتت فيه تلك الخشية فالخيار مشروع فيه، والمدة التى تكفى للتروى ودرء الغبن هى التى يعينها العاقد لنفسه، وكل امرئ أدرى بحاله.

٢٢٩ - وخيار الشرط يصح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه ويصح أن يشترطه أحدهما لنفسه دون الآخر، ويصح أن يشترطه أى واحد من العاقدين لغيره، وذلك عند أبى حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعى على أحد قوليه، وخالف فى ذلك زفر والشافعى فى قول، وحجة من خالف ورفض أن يكون الخيار لغير العاقدين - أن الخيار شرع لمصلحة العاقدين وليس لغيرهما فى العقد حظ فلم يشرع له، وأيضًا فالخيار إذا اقترن شرطه بالعقد كان مثل موجباته وأحكامه، وهى لاتتعدى العاقدين فإذا اشترط الخيار لغيرهما كان ذلك إثبات حكم العقد لغير العاقدين.

وحجة الأئمة فى إجازتهم ذلك أن الحاجة التى شرع اشتراط الخيار بسببها هى التى تجعل اشتراط الخيار لغير العاقدين سائغًا، لأن الشخص عساه يحتاج لمشاورة غيره والرجوع إليه، لأنه يهمه رضاه بالمعقود عليه وقبوله له، فيشترط الخيار له، ويفوض إليه حق الفسخ، ليكون الرضا عقدة معنوية فى عنقه لايستطيع الخروج منها. وكون الخيار من مقتضيات العقد، لايتنافى مع اشتراطه لغير العاقدين، لأنه إن اشترطه أحد العاقدين لغيرهما كان الخيار لهذا العاقد بالأصالة ولغيره بالنيابة، فكأن له حق الفسخ بمقتضى الوكالة عن العاقد الذى اشترط له الخيار. ولذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لغيره يثبت الخيار له ضمنًا بمقتضى ذلك الاشتراط، لأن هذا مسلط على حق الفسخ من جانبه، فلابد أن يثبت له أولا

لكى يتصور إمكان تسليط غيره على الفسخ، وإذا كان الخيار قد ثبت لهما، فإن أجاز أحدهما، وفسخ الآخر فالسابق منهما يثبت، فإن كانت الإجازة هى السابقة أبرم العقد، وإن كان الفسخ هو السابق فسخ العقد، وإنما جعلنا الاعتبار للمتقدم، لأن تصرف الثانى يعتبر لغواً بالنسبة للأول، إذ السابق إن كان فسخًا فقد بطل العقد، والعقد الباطل لاتلحقه الإجازة، فتجىء إجازة الثانى على غير عقد. وإن كان السابق إجازة، فقد أبرم العقد وصار لازمًا، ولايكون لأحد من بعده حق فسخه (١).

٢٣٠ ـ وخيار الشرط يدخل العقود اللازمة القابلة للفسخ التى لايشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس، فالعقود غير اللازمة لايدخلها خيار الشرط : لأنه فيها يكون لغواً لاقيمة له، إذ مؤداه أن يكون لمن اشترط الخيار لنفسه حق فسخ العقد، وذلك الحق ثابت فى العقود غير اللازمة من غير حاجة إلى الاشتراط، فالاشتراط فيها إذن لغو لا معنى له. والعقود اللازمة التى لاتقبل الفسخ اشتراط الخيار مناف كل المنافاة لمقتضاها، إذ هذه العقود لاتتراخى آثارها عن عباراتها المنشئة لها، وشرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار، حتى تنتهى المدة أو يبرم أو يفسخ، وهذا معناه أن يتراخى حكم العقد عن عبارته، وذلك مالا تقبله العقود غير القابلة للفسخ، وعلى ذلك يكون النكاح والطلاق والعتاق والخلع لايدخلها خيار الشرط، لأنها غير قابلة للفسخ. ولايدخل أيضًا خيار الشرط العقود التى يشترط فيها القبض كالعقود والصرف والسلم، لأن من مقتضى الخيار تأخير الأحكام ومنها القبض، وهذه العقود يشترط فيها القبض فهى منافية لاشتراط الخيار.

---

(١) يفرض الفقهاء صورة ثانية، وهى أن يجيز أحدهما ويفسخ الآخر، وينطقا بهذا فى وقت واحد، ويقولون فى هذه الصورة البعيدة الوقوع: إنه يرجح جانب الفسخ، هذا فى رواية، وفى رواية أخرى يرجح جانب العاقد، لأنه الأصل وهو أقوى، وإقدامه على القول عزل لنائبه الذى جعل له الخيار، وهو يملك ذلك صراحة بالقول، فيملكه دلالة بالفعل، وهذا لأن تصرف النائب للحاجة، ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه. ووجه الرواية الأولى أنه عند النطق لم يكن العزل قد وجد، فكلاهما مالك التصرف، فتعارضا فيرجح الأقوى، وهو الفسخ، وإن رجحنا الإجازة لم يمكن الفسخ، مع أنه إن رجحنا الفسخ أمكن العقد من جديد.

وكل عقد فيه الأوصاف السابقة يثبت فيه خيار الشرط، فيثبت في البيع والإجارة، والصلح، والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ، ولايشترط فيها القبض.

٢٣١ - وخيار الشرط يمنع ثبوت الالتزام على من اشترط الخيار لنفسه، فالتزامات العقد بالنسبة له تكون متأخرة، فالبائع إذا اشترط الخيار لنفسه لايخرج المبيع من ملكه، والمشترى إذا اشترط الخيار لايجب عليه دفع الثمن، وهكذا، وتأخير الأحكام بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه، ومذهب مالك، وقول فى مذهب الشافعى وابن حنبل، وعندهما فى قول آخر أن اشتراط خيار الشرط لايؤخر الأحكام بل يثبت الأحكام فور العقد كالعقد الخالى من خيار الشرط، وكل أثر الخيار أنه يجعل العقد غير لازم كالعقد مع خيار الرؤية عند من يراه، وكالعقد مع خيار العيب، وحجة الشافعى وابن حنبل فى هذا الرأى أن العقد صحيح نافذ، فاقتضى أن تثبت أحكامه بمجرد إنشائه، إذ لاسبب يوجب التراخى، والخيار ليس بسبب لذلك، لأن الخيار معناه أن يكون للعاقد حق الفسخ، ومعنى هذا أن يكون غير لازم بالنسبة لمن اشترطه فيقتصر أثره على ذلك، ولا يتعداه إلى تأخير الأحكام [١].

وحجة أبى حنيفة ومن ذهب مذهبه أن العقد مع الخيار قاصر فلا يثبت أحكامًا، ووجه قصوره هو عدم لزومه، لأن الشارع إذ جعل بعض العقود لازمًا فقد ناط بها أحكامًا لاتتحقق إلا مع اللزوم، فإذا جعل خيار الشرط العقد اللازم غير لازم، فقد منع أن تناط به الأحكام التى جعلها الشارع لاتتحقق مع غير اللزوم، حتى يثبت ذلك الوصف، فتتحقق هذه الأحكام، وأيضًا فإنه من المقرر أن العاقد ليس له التصرف فى الحقوق التى يثبتها العقد مع قيام الخيار لمن اشترطه، وذلك بالإجماع. ولو كان العقد مثبتًا للحقوق التى تنشأ عنه لكان لمن تثبت له التصرف فيها، وذلك لايجوز قطعًا. ثم إن من اشترط الخيار لنفسه فمعنى ذلك أن

---

(١) راجع فى الشرح الكبير، الجزء الرابع، ص ٧١.

الرضا لم يتم نهائيًا من جهته وما دام الرضا لم يتم فأحكام العقد لاتوجد بالنسبة له، لأن أحكام العقود لاتتبع إلا عقودًا تكامل فيها الرضا [1].

٢٣٢ ـ ومهما يكن من اختلاف الفقهاء بالنسبة لتراخى أحكام العقد الذى صاحب إنشاءه الخيار، فقد اتفقوا جميعًا على أنه عقد غير لازم بالنسبة لمن اشترط الخيار لنفسه، فله الفسخ طول مدة الخيار، وله حق الإمضاء فيها، فإذا أمضاه أبرم وسقط الخيار، لأنه يصير عقدًا لازمًا، وإذا فسخ العقد بطل، وصار كأن لم يكن، وفسخ العقد أحيانًا يكون صراحة وأحيانًا يكون دلالة، ومثال الثانى أن يشترط البائع الخيار لنفسه، وقبل مضى مدة الخيار يبيع العين لغير المشترى، ففى هذه الحال يعتبر ذلك فسخًا دلالة، لأن بيعه للثانى دليل على عدوله عن البيع الأول، وذلك اختيار للفسخ وترك للإمضاء. وقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ غير الصريح يصح فى غيبة العاقد الآخر؛ ولكن اختلفوا فى الفسخ الصريح، فجمهور الفقهاء على أنه يصح فى حضرة العاقد الآخر وغيبته كالفسخ دلالة لا صراحة.

وقال أبو حنيفة ومحمد : إنه لايصح فى حضرة العاقد الآخر، ولايصح فى غيبته، ووجهة نظر الجمهور أن الفسخ حق لمن له الخيار يستقل به ولايحتاج إلى رضا الآخر، وقد نال ذلك الحق باتفاق بينه وبينه، ويجب أن يترقبه هذا فى كل وقت من أوقات مدة الخيار، فلا وجه إذن لأن يكون الفسخ فى حضرته، ووجهة نظر أبى حنيفة ومحمد أن الفسخ من غير إعلامه به قد يترتب عليه ضرر يلحقه، فكان من الواجب إعلامه به، ليبحث عن عاقد آخر يتمم معه صفقته، ولذا إذا فسخ فى غيبته لم يتم الفسخ حتى يعلم.

٢٣٣ ـ وينتهى خيار الشرط بواحد من ثلاثة أمور (١) الرضا بالعقد وإجازته صراحة أو دلالة، (٢) مضى مدة الخيار من غير أن يفسخ العقد فيها فإن العقد بمضيها يصير لازمًا، لتوقيت حق الفسخ بها، (٣) موت من له الخيار، وذلك عند أبى حنيفة وابن حنبل، وعند الشافعى ومالك ينتقل الحق إلى ورثته، وإن لذلك تفصيلا نبينه فى موضع آخر [2].

---

(١) استخلصنا هذه الأدلة من البدائع، الجزء الخامس، ص ٢٦٥.

(٢) سنتكلم فى ذلك فى وراثة الخيارات جملة، فلنترك الكلام فى هذا إلى موضعه هناك.

ولنوضح الأمر الأول من هذه الأمور فالرضا بالعقد صراحة كأن يقول أمضيت العقد أو أجزته، ومثال الرضا دلالة أن يكون من له الخيار المشترى فيتصرف فى المبيع تصرف الملاك، فإن هذا التصرف يعتبر إسقاطًا للخيار ورضا بالعقد دلالة، وبها يلزم العقد ويسقط الخيار، وإن لم يكن الرضا بصريح اللفظ.

خيار الرؤية

٢٣٤ ـ هو الخيار الذى سببه الرؤية، فهو من إضافة الشىء إلى سببه كخيار الشرط، والمعنى الشرعى لخيار الرؤية أن يكون للعاقد الذى عقد على شىء معين لم يره حق الفسخ إذا رآه، فهو خيار يثبت بشرطين **(أحدهما)** أن يكون محل العقد شيئًا معينًا كدار وثوب، بأن يكون معرفًا بما يعين شخصه، أو كما يقول المناطقة معرفًا بالشخص لابمجرد الوصف الذى يعم، أما إذا كان دينا بأن يكون معرفًا بأوصاف لاتعين شخصه، بل تبين جنسه ونوعه وحاله، ويثبت دينًا فى ذمته كالمعقود عليه فى السلم، ففى هذه الحال لايثبت خيار الرؤية. **(ثانيهما)** أن يكون محل العقد غير مرئى وقت العقد، فإذا لم يره العاقد كان له الخيار عند رؤيته، وأما إذا كان قد رآه فلا يثبت الخيار.

٢٣٥ ـ وخيار الرؤية لم يكن ثبوته محل وفاق من الفقهاء كخيار الشرط، بل هو محل خلاف، وأساس هذا الخلاف هو الخلاف فى صحة العقد على الأشياء المعينة الغائبة، فمن الفقهاء من حكم بأن العقد عليها صحيح ومنهم من حكم بأن بيعها غير صحيح، فأبو حنيفة والشافعى فى مذهبه القديم، وابن حنبل فى إحدى الروايتين عنه يصححون العقد، ومالك والشافعى فى مذهبه الجديد وأحمد بن حنبل فى الرواية الثانية لم يصححوا العقد.

ومن حكم بصحة العقد على الشىء الغائب المعين الذى لم تسبق رؤيته أثبت خيار الرؤية، فأبو حنيفة وابن حنبل على إحدى الروايتين والشافعى على أشهر[١]

(١) يذكر النووى فى المجموع فى البيع ما نصه : «إذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا ؟ فيه ثلاثة أوجه. **(أحدها)** أنه لايصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه و **(الثانى)** لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة، و **(الثالث)** أنه لايفتقر إلى ذكر شىء من الصفات، وهو المنصوص عليه =



تخريجات مذهبه القديم يثبتونه عند العقد على الأعيان الغائبة التى لم تر قبل العقد.

وقد استدل الذين منعوا صحة العقد على الأعيان الغائبة بأن المعقود عليه يجب أن يكون معلوم الذات والصفات، والأعيان لاتتم معرفتها إلا بمشاهدتها، وعدم مشاهدتها جهالة تفضى إلى المنازعة فى أصل العقد، ووصفه، وفى وقت قبض عوض المعقود عليه، أما إفضاؤها إلى المنازعة فى أصل العقد ووصفه فلأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها، وتلك الرغبات لايتم التطابق بينها وبين العين إلا بالرؤية، فإذا لم يكن قد رآها قبل العقد أو وقته ثم رآها فقد ينازع فى العقد، لعدم موافقتها لرغبته، فقد يقول: إن هذا ليس المعقود عليه، بل شبيه له من جنسه، وأما إفضاؤها إلى النزاع من وقت قبض عوض المعقود عليه، فذلك لأن تسليم ثمن الأعيان المعقود عليها إنما يسبق تسليمها لتعينها، ولاشك أن ذلك يقتضى رؤيتها ومعرفتها بالمعاينة، والاختلاف المحتمل عند المعاينة يؤدى إلى الاختلاف فى تسليم الثمن.

ولاشك أن هذه الجهالة المفضية إلى النزاع غرر، والنبى ﷺ قد نهى عن بيع الغرر، وقد استدل الذين أجازوا العقد على الأعيان الغائبة قبل رؤيتها بما روى عن عثمان وطلحة بن عبد الله رضى الله عنهما من أنهما تبايعا أرضًا باعها عثمان لطلحة، ولم يكونا رأياها، فقيل لعثمان رضى الله عنه : غبنت. فقال لى الخيار، لأنى بعت ما لم أر. وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لى الخيار، لأنى اشتريت ما لم أره، فحكما فى ذلك جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم، ولم ينكر عليهم أحد، فكان ذلك إجماعًا منهم. ولقد روى أيضًا أن النبى ﷺ قال : «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا

= فى باب الصرف، لأن الاعتماد على الرؤية، ويثبت له الخيار إذا رآه، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات، فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار، وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : لا خيار له لأنه وجده على ما وصف، فلم يكن له خيار كالمسلم فيه، والثانى أن له الخيار لأنه يعرف ببيع فيه خيار فلايجوز أن يخلو منه، وترى من هذا أنه على مقتضى المذهب القديم قد اختلف التوجيه. فمنهم من أثبت خيار الرؤية مطلقًا، ومنهم من أثبته فقط فى حال الوصف وتخلف الموصوف عن الوصف إلى ما هو أقل حالا من المذكور.

رآه» (١) وإثبات الخيـار فى شراء الأعيان الغائبـة دليل إقراره الشراء ومشروعـيته. ولأن الجهـالة التى أوجدها عـدم الرؤية لاتفضى إلى النزاع؛ لأنـه إذا لم يصادف رغبته فسخ، وإن صادف أمضى.

٢٣٦ ـ فخيار الرؤية ثبت لأن الجهالة التى وجدت لعدم الرؤية تحدث خللا فى الرضا، إذ لايكون مـبنيا على معرفـة تامة بحال المعقود علـيه، ومن الجائز أن يعرض الندم للعاقد، إذ لايجـده موافقًا لرغبته إذا رآه، فيثـبت له الخيار تداركًا لما فاته، ولكيلا يكون ظلم.

ويثبت خيـار الرؤية عند من أجازوه فى كل العقود التى يكون مـحل العقد فيها شيئًا معينًا لم ير قبل العقد ولا فى إنشائه، لأن السبب الذى أوجده محقق فى كل عقد كذلك، ولذلك أثبتوه فى أربعة أنواع من العقود **(أولها)** فى عقد البيع إذا كان المبيع معينًا بالشخص، وليس شيـئًا ثابتًا فى الذمة، فلايثبت فى السلم ولا فى الصرف، ويثبت للمشترى لا البائع، وفى قول لأبى حنيفة أنه يثبت للبائع أيضًا إذ كان لم ير المبيع، ولكن الصحيح عنه غير ذلك. **(ثانيها)** الإجارة، فإن المستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العـين المستأجرة. **(ثالثها)** قسمة القيميات فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لـم ير نصيبه فله الخيار إذا رآه. **(رابعها)** الصلح إذا كان بدل الصلح شيئًا غير معين (٢)، لأنه يكون فى معنى الشراء.

٢٣٧ ـ وليس المراد بالرؤية الإبصار فقط، بـل المراد بها هنا ما هو أعم من ذلك، وهو المعاينة بالحس، سواء أكـانت بالبصر أم بغيره، كالشم فـى المشمومات والذوق فى المذوقات، أو الجس فى بعض الأشيـاء التى لا تعرف إلا بالجس، فإن مـعاينة هذه الأشـيـاء بتلك الحـواس رؤية. وعلى ذلك يكون من الأعـمى خيـار الرؤية، وتكفى منه معاينة المشمومات والمذوقات والأمور التى تعرف بالجس، ومالا يعرف بالبصر يوصف له، والشافعى يرى أن الأعمى يوكل من يثق برؤيته (٣).

---

(١) طعن بعض المحدثين فى سند هذا الحديث، وقالوا أن بعض رواته متروك الحديث.

(٢) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك.

(٣) راجع الرسالة السابقة والمجموع على المهذب الجزء التـاسع ص ٢٠٣، وعند محمد لايكتفى فيما لايدرك الإدراك الصحيح إلا بالشم أو الذوق أو الجس ولا يكتفى بالبصر.

ويكتفى من الرؤية بما يوصل إلى معرفة صفات المعقود عليه المقصود منه، فكل رؤية تؤدى إلى ذلك، فهى صحيحة تترتب عليها أحكام خيار الرؤية، فإذا كانت تلك المعرفة لاتتم إلا برؤية الشيء كله لم تغن رؤية بعضه، وإن كانت تلك المعرفة تتم برؤية بعض دال على الكل، فيكتفى برؤية بعضه الذى له تلك الخاصة، وإذا كان المعقود عليه عدة أشياء، فإن كانت آحاده لاتتفاوت يكتفى برؤية نموذج منه، معلن لأوصاف سائره، كالقمح والقطن. وإن كانت تتفاوت آحاده كالدواب فلا تغنى معاينة أحدها، بل لابد من معاينة كل الآحاد.

ورؤية الوكيل بالعقد تغنى عن رؤية الموكل، لأن كل ما يتصل بالعقد رجع إلى الوكيل على ما بينا فى الوكالة، والرؤية من تمام العقد، إذ لزومه لا يتم من دونها، ورؤية الرسول الذى أرسله ليقبض العين أو ليبلغ عبارة العقد لاتغنى عن رؤيته اتفاقًا، لأنه لم يفوض إليه ذلك، وليس له شأن بالعقد.

واختلف فقهاء الحنفية فى رؤية الوكيل بالقبض أتغنى عن رؤية الموكل أم لا؟ قال أبو حنيفة : تغنى، وقال الصاحبان: لاتغنى، ووجهة نظرهما تقوم على أن الوكيل متصرف فى حدود ما وكل به لايتعداه إلى غيره، وهو وكيل بالقبض فنيابته مقصورة عليه لاتتعداه، والقبض شيء والرؤية شيء آخر، ولايقتضى التوكيل فيه الوكالة فيها، وأيضًا فالوكيل بالقبض لايستطيع إسقاط خيار الشرط ولا العيب برضاه بالعقد، فكذلك لاتغنى رؤيته عن رؤية الموكل، ويستطيع إسقاط خيار الرؤية.

ووجهة نظر أبى حنيفة أن الموكل وقد وكل الوكيل بقبض تام، وذلك لأن القبض قسمان. قبض تام وقبض ناقص. والأول يكون بقبض الشيء ورؤيته، والثانى يكون بقبضه من غير معاينة له، كأن يكون مستورًا، والموكل إذا أطلق القبض فى الوكالة فهو منصرف إلى القبض التام المتضمن للرؤية، فكأنه قد وكله فى الرؤية، وإذا كان قد وكله فى الرؤية فقد أقامه مقامه فيها، فتغنى رؤيته عن رؤيته وتترتب عليها كل لآثار. ومن المقرر أن القبض من العاقد مع الرؤية يسقط الخيار،و ولايصلح أن يقاس خيار الرؤية على خيار العيب والشرط، لأن القبض فيهما لايسقط الخيار، إذ قبض الموكل نفسه لايسقط الخيار، فكذلك قبض موكله،

أما هنا فقبض الموكل مع رؤيته يسقط الخيار. فكذلك قبض وكيله، لأنه أقامه مقامه فيه.

٢٣٨ - ومن يثبت له خيار الرؤية فله الفسخ قبل الرؤية وبعدها، وقد اتفق على أن له الفسخ بعد الرؤية للحديث. «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه» ومعنى ذلك أن له أن يختار العقد أو الترك، فله الفسخ بعدها باتفاق من حكم بثبوت خيار الرؤية. أما قبل الرؤية فقد اختلف فيه، فبعض الفقهاء قال: إن له الفسخ قبل الرؤية كما له الفسخ بعدها، وهو الراجح عند الحنفية، وقال بعضهم إن الفسخ قبل الرؤية لايجوز، لأن سبب الخيار الرؤية، فإذا أثبتنا له الحق الفسخ قبلها فقد أثبتنا الخيار قبل وجود سببه، وذلك لايجوز فى قضايا العقل، لأن السبب لايتقدم على مسببه، وأن إمضاء العقد قبل الرؤية لا عبرة به، فكذلك الفسخ قبلها يجب ألا يصح، ووجهة نظر من يقول: إن الفسخ قبل الرؤية يصح، أن العقد مع عدم الرؤية عقد غير لازم بمقتضى وجود خيار الرؤية فيه، والعقد غير اللازم يجوز لمن هو غير لازم فى جانبه أن يفسخه، وأن السبب فى وجود خيار الرؤية ليس هو الرؤية بل عدم الرؤية، فالفسخ إذا حصل قبل الرؤية لايحصل قبل وجود سببه، بل بعده، إذ سبب ثبوت الخيار عدم الرؤية، وذلك حاصل عند العقد.

٢٣٩ - ويستمر حق الفسخ ثابتًا إلى أن تحصل إجازة للعقد وإمضاء له، أو يموت من له الخيار، وعلى ذلك يكون خيار الرؤية ليس له أمد محدود ينتهى إليه، بل يستمر إلى أن تحصل إجازة أو موت من له الخيار، وهذا هو الراجح عند أبى حنيفة وأصحابه، وفى مذهب الشافعى قول: إنه يثبت فى مجلس الرؤية فقط. فإذا انصرف عن مجلس الرؤية سقط، وكان العقد باتًا، وعنه قول آخر إنه يثبت فور الرؤية، وقال الكرخى وهو من فقهاء الحنفية: إنه يثبت إلى وقت يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ، فإذا مضى بعد الرؤية ذلك القدر من الوقت سقط خيار الرؤية، وهذه الأقوال الثلاثة متقاربة يقابلها القول الراجح عند الحنفية وهو أن يثبت مطلقًا إلى الموت أو حصول الإجازة.

٢٤٠ ـ وإذا كان الراجح أن خيار الرؤية ليس له وقـت معلوم عند الحنفية، بل يوقت بالإجازة فقط، فقد توسعوا فى معنى الإجازة حتى لايضار العاقد الثانى بهذا الخيـار الذى ليس له وقت، ولذا قالوا : إن الإجازة تحصل بـالقول الصريح؛ وتحصل بكل مـا يدل على الرضا، ومنه أن يقبض العـين وهو يراها، ولا يفسخ، ومنه أن يتصرف فى العين تصرفًا يجعل للغير حقًّا متعلقًا به، وعلى ذلك فالإجازة ثلاثة أقسام : (١) إجازة صريحة بالرضا بالعقد صراحة. (٢) وإجازة بما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف تصـرفًا يجعل حق غيره متعلقًا بالعين كبـيعها بيعًا باتًّا أو إجارتها أو رهنهـا أو هبتها، ويشبه هذه فى الأحكام هلاك العـين أو نقصها أو زيادتها.

والقسمان الأولان : يعتبران إجازة إلا إذا صدرا عمن له الخيار بعد الرؤية، أما إذا صدرا قبلها فلا اعتبار لهما، لأن الإجازة قبل الرؤية إذا اعتبرت كان معناها أنه إذا رأى فليس له خـيار، وفى ذلك مناقـضة لنص الحديث، لأنـه يقول : من يشترى شـيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه، ولأن ذلك يعـتبر إسقاطًا للخـيار، وهو ما جاء باشتراط العاقد، أو كان فى معنى الاشتـراط فيسقط بإسقاط من اشترطه، بل جاء بأمر الشارع، فليس للعاقد إسقاطه.

أما القـسم الثالث فيـعتبـر إجازة قـبل الرؤية وبعدها، لأن تلك تصـرفات أوجدت حقًّا لغـيره على وجه لايمكن استرداده، أو يمكن ولكن بقـضاء القاضى كما فى الهبـة بغير العوض، فيتعـذر حينئذ عليه فسخ العقـد الأول ورده، فيسقط الخيـار ضرورة، ولو تقـابلا العقد أو رجع فـى هبته لايعـود الخيـار، لأن الساقط لايعود [١]. ومثل ذلك فى تعـذر الفسخ، هلاك العين أو تـعييبـها أو نقصـها أو زيادتها زيـادة لاتقبل الانفصـال، ففى هذه الحـال يتعـذر الفسخ فكانت كـالقسم الثالث، فى أنه يعتبر رضا بالعقد يسقط به الخيار قبل الرؤية وبعدها.

---

(١) راجع البدائع، الجزء الخامس، ص ٢٩٦، ٢٩٧.

خيار العيب

٢٤١ ـ خيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه فى المعقود عليه المعين بالتعين، ولم يكن على علم به وقت العقد، فهو خيار إذن سببه عيب بمعقود عليه معين، وهذا العيب حادث قبل القبض، ولم يكن عالمًا به أثناء العقد، ولم يرض به بعد العلم به. والسبب فى شرعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ بسبب العيب أن الاطلاع على عيب لم يكن معلومًا وقت العقد دليل على أن الرضا الذى نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح، لأن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب التى ليست ظاهرة معلومة للعاقدين، فإن ظهر عيب لم يكن معلومًا، فقد انهار الأساس الذى قام عليه الرضا فشرع خيار العيب لتدارك الخلل الذى نال الرضا.

والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من المعقود عليه المعين الانتفاع به، وهو لايكون كاملا إلا مع السلامة فكانت مطلوبة، لأن الانتفاع الكامل مطلوب، وأن عقود المعاوضات تقوم فى الشريعة على المساواة بين العوضين فى نظر العاقدين، وتحقيق المساواة فى مقابلة البدل بالبدل، والسلامة بالسلامة، وقد سلم أحد البدلين، فوجب أن يسلم الآخر، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد، ومطلوبة للشارع أيضًا لتحقق المساواة.

من كل هذا يتبين أن الرضا قام على دعامة من السلامة، فتخلفها يحدث خللا به، والله يقول: ﴿**يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ فإذا لم يتوافر الرضا أو حدث فيه خلل أوجب نقصه أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ [(١)]، ليتدارك من أمره ما فاته.

---

(١) هذا هو مذهب أبى حنيفة ومالك والشافعى. وقال ابن حنبل: إن من له الخيار مخير بين أمور ثلاثة: إما إمضاء العقد، وإما فسخه وإما الرجوع على العاقد الآخر بأرش العيب، وهو ما أثبته من نقصان. واحتج له بأنه عيب ظهر. والسلامة كانت مقدرة، فكان له التعويض عما أوجده من نقص، ولأنه فات بسبب العيب جزء من المبيع لأن العيب نقص المالية، ونقص جزء منها نقص جزء من المبيع فكان له المطالبة به، كما لو اشترى عشرة أرادب قمح فبانت تسعة (الشرح الكبيرالجزء الرابع ص ٨٧).

هذا والعقد مع العيب من غير تبينه غش وتدليس، والشارع لايقر الغش والتدليس، فيجب رفعه وشرع ما يزيله، وذلك بشرع خيار العيب، ولقد قال النبى ﷺ : «لايحل لمسلم باع لأخيه بيعًا وفيه عيب إلا بينه له» ويدخل خيار العيب عقود المعاوضة التى يكون فيها المعقود عليه معينًا بالتعيين، ولايدخل عقود المعاوضات التى يكون المعقود عليه غير معين كالسلم، لأن العبرة فى هذا النوع من العقود بتحقيق الأوصاف المشروطة فى المعقود عليه، فإن تحققت قبض، وإن لم تتحقق رد، وعلى ذلك يدخل خيار العيب العقود التى يدخلها خيار الرؤية، ولا يدخل غيرها، وقد بيناها آنفًا فارجع إليها.

٢٤٢ ـ والعيب الذى يثبت هذا الخيار هو الذى يوجب نقصان القيمة عند التجار، لأن التضرر يكون بنقصان المالية، والمقياس الذى تقاس به مالية الأشياء هو القيمة، وبهذا النقصان يكون العيب، والمرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة فهم الذين يثبتون وجود العيب، ويقررون مقدار تأثيره فى القيمة.

وليس كل عيب يوجب خيار العيب، بل العيب الذى يثبته هو العيب الحادث قبل القبض الذى لايكون العاقد على علم به، ولا يثبت رضاه بعد العلم بشرط ألا يكون العاقد صاحب العين المعيبة قد شرط البراءة من كل رد بعيب، فإذا توافرت هذه الشروط فى العيب ثبت الخيار، لأنه بثبوتها يتبين أن الرضا كان أساسه السلامة، ولم يكن ثمة دليل على قبول المعقود عليه مع العيب، فإذا ظهر العيب يختل الرضا، وأما إذا لم تتم هذه الشروط، فقد ثبت أن العاقد رضى بالعيب، فإذا كان العيب معلومًا للعاقد وقت العقد فقد عقد على أساس وجوده، وكان به راضيًا، وكذلك إذا رضى به بعد العلم، لأنه إذا رضى بعد العلم فقد أسقط كالخيار بعد ثبوته، والساقط لايعود، وإذا كان مالك العين قد اشترط فى صلب العقد أن يكون بريئًا من كل رد بعيب فمعنى ذلك أن السلامة لم تكن أساسًا للرضا، إذ أبعد فرضها صراحة، فبظهور العيب لايحدث خلل فى الرضا، فيكون العقد باتًّا لازمًا، ولا حاجة إلى التخيير من جديد.

٢٤٣ ـ وخيار العيب يثبت للعاقد الذى دخلت فى ملكه العين المعيبة التخيير بين أمرين :

(١) إما إمضاء البيع، وإما فسخ العقد، واسترداد العوض الذى دفعه، وهذا إذا كان الفسخ ممكنًا، أما إذا امتنع الفسخ، كأن يكون قد زاد فى العين، أو نقص منها، وكان السبب فى الامتناع قد حدث قبل العلم بالعيب، ففى هذه الحال لايكون لمن له الخيار الفسخ، ولكن يكون له الرد بما أوجده العيب من نقصان فى الثمن [١]، وذلك بأن تقدر قيمة الشئ معيبًا، وقيمته سليمًا، وينقص الثمن بمقدار يعادل نسبة ما نقصه العيب من القيمة، فإذا كانت قيمة العين سليمة عشرين، وقيمتها معيبة خمسة عشر، وكان الثمن ثمانية عشر، ففى هذا الحال يعتبر العيب قد نقص القيمة بمقدار ربعها إذ خمسة عشر هى ثلاثة أرباع العشرين، فينقص من الثمن ربعه كذلك، فيكون الواجب ثلاثة عشر ونصف.

ووجه تخييره بين الفسخ والإمضاء فقط فى حال عدم امتناع الفسخ أن التضرر يمكن إزالته بالفسخ فيثبت، إذ لو ألزمناه بالعين مع عيبها لكان فى ذلك ضرر به، ولايصح أن يمسكه ويأخذ بدل النقصان، لأنه لاحاجة تضطرنا إلى ذلك، إذ رفع الظلم ممكن بالفسخ، فلا يلجأ إلى تعويض النقصان بسبب العيب الذى كان ثابتًا قبل القبض، وذلك لأن النقصان بسبب العيب وصف من الأوصاف لايقابله جزء من الثمن، لأن الأوصاف لايقسم الثمن عليها، فلا يعوض عنها إلا عند تعذر رفع الظلم بغير تعويضها، وقد أمكن رفع الظلم بغيرها فى حال عدم الفسخ، ولأن الخيار سببه وجود خلل فى الرضا بعدم وجود السلامة التى كانت مقدرة عند إنشاء العقد، والنتيجة المنطقية لهذا أن يعاد تخيير العاقد من جديد لمعرفة أهو راض بالعقد بعد العلم بالعيب أم غير راض فيفسخ، وهذا بالبداهة لايثبت إلا تخييرًا بين أمرين لا ثالث لهما، وهما الإمضاء أو الفسخ، فإذا رضى لزم العقد، وإذا لم يرض فسخ ولا وسط بينهما.

أما فى حال امتناع الفسخ بزيادة لازمة أو نقصان، ففى هذه الحال لايمكن رفع الظلم إلا بأن يعود من له الخيار بما أوجده العيب من نقصان فى القيمة فيلجأ

---

(١) ويرى مالك فى حال النقص أنه يرد العين، ويفسخ العقد مع تعويض العاقد الآخر عما أوجده هو من نقصان، وذلك لأن البدل يعتبر ردًا للمبدل منه، فيرد العين زائدًا ما سببه من النقص الذى أحدثه.

إليـه لأنه الطريق الوحيـد لرفع الظلم، ولكن فى حـال ما إذا كـان امتناع الفـسخ لنقصان حـدث فى يد العاقد الذى يثبت له الخـيار، يكون للعاقد الثـانى أن يختار أخذ العيـن ورد عوضها، وذلك لأن منع الفـسخ فى هذه الحال لرفع الظلم عنه، بأخذه العين وقـد تعيبت بعيب جديد، فـإذا قبلها هو كذلك فمـا لأحد عليه من سبيل، ويكون من له الخيار ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء.

٢٤٤ ـ وامتناع الرد الذى يثـبت معه حق الرجـوع بتعويض عن النقـصان بسبب العيب يكون بأسباب هى :

(١) النقص الذى يحدث فى يد من له الخيار بغير فعله.

(٢) والتغيير الذى يحدث بفعله كـثوب يقطعه قبل العلم بالعيب. أما الذى يحدثه بعد العلم بـالعيب، فهو دليل على الرضا، ويصـير إمضاء للعقـد وإسقاطًا للخيار.

(٣) والزيادة المتصلة كـالسمن فى الدواب، والزيادة المنفصلة المتـولدة كنتاج الدابة، فإن هذه أيضًا تثبت له الرجوع بالنقصان إذ تمنع الرد.

(٤) وكذلك كل زيادة يحدثها بفعله ولاتقبل النقصان كصبغ الثوب وخياطته إذا أحدثها قبل العلم بالعـيب، فإنه فى هذه الأحوال كلها لايعتبر راضـيًا بالعقد، وإبقاؤه ظلم له، فكان له الرجـوع بما أوجبه العيب من نقصـان فى الثمن على ما بينا، ولايمكن الرد للتغييـر الذى حدث، إذ فى الرد مع النقص الحادث فى يد من له الخيار ظلم للعاقد الآخر، وكذلك إذا حدث تغيير، وإذا حدثت زيادة بفعل من له الخيـار يكون الفسخ ظلمًا له، فـلا يقدم عليـه، وبما أننا سلبناه الخيار من غـير جناية جناها أو إسقاط له، فلابد من تعـويضه عن نقص العيب. والزيادة المنفصلة المتولدة، كـدابة تلد تمنع الفسـخ أيضًا، وذلك لأن ردها مع الزيادة رد لما هو غـير معقود عليه، لأن المعقود عليه هو الدابة وحدها، فلا وجه لرد ولادتها معها، كما لايمكن رد الدابة منفردة، لأن الفسخ ينسحب لوقت العـقد، فلاوجه لامتلاك من له الخيار لهذه الولادة، إذ سبب الملك قد بطل ، ولذلك امتنع الفسخ.

٢٤٥ ـ والفسخ يستمر حقًّا لمن له الخيار إلا إذا امتنع الفسخ للأسباب السابقة أو حصل الرضا، وفى حال امتناع الفسخ يكون لمن له الخيار حق الرجوع بنقصان العيب كما بينا، وفى حال الرضا يسقط الخيار، ولايرجع بشىء. والرضا يعتبر هو الرضا بالعقد بعد العلم بالعيب، وقد يكون صراحة، وقد يكون بالدلالة لابصريح العبارة والصريح مثل : أمضيت العقد أو رضيت به، أو أوجبته، أو ألزمت نفسى به، والرضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرف يدل على الرضا بالعقد، كأن يكون المعقود عليه ثوبًا، فيصبغه، أو أرضًا فيبنى عليها. أو حنطة فيطحنها، أو يبيعه، أو يهبه هبة صحيحة، ونحو ذلك من التصرفات التى تدل على إقرار البيع والرضا، ومنها استعماله بعد العلم بالعيب كأن يكون دابة فيركبها وهكذا.

الفسخ بالخيارات وحاجته إلى القضاء

٢٤٦ ـ اتفق الفقهاء على أن الفسخ بخيار الشرط والرؤية والتعيين على قول من يثبت خيار التعيين ـ يتم من غير حاجة إلى قضاء القاضى أو رضا العاقد الآخر. أما خيار العيب فقد اتفقوا أيضًا على أنه إذا حصل الفسخ قبل القبض لايحتاج إلى قضاء؛ لأنه ليس إلا امتناعًا عن التسلم، والمعقود عليه معيب، وذلك حقه بلا ريب، ولأن الصفقة قبل القبض ليست تامة من كل الوجوه، لأنها على خطر البطلان بهلاك المبيع قبل القبض، وذلك يبطل العقد، وإذا كانت الصفقة لم تتم قبل القبض على هذا التخريج، فالفسخ بالعيب قبله لايحتاج إلى القضاء.

أما الفسخ بخيار العيب بعد القبض فقد اختلف فيه الفقهاء، فأبو حنيفة وأصحابه يرون أنه محتاج إلى القضاء، والشافعى وأحمد بن حنبل يريان أنه لايحتاج إليه، وحجتهما أن الفسخ رفع العقد مستحق للرفع فلا يحتاج إلى القضاء، لأن الشارع جعله غير مستحق للبقاء إن أراد من له الخيار، ولأنه بإثبات الخيار فيه يصير العقد غير لازم، والعقد غير اللازم ينفرد أحد العاقدين بفسخه من غير حاجة إلى قضاء.

واحتج أبو حنيفة بأن العقد قد تم بالقبض، وثبتت كل أحكامه، ومتى صار للعقد على هذه الحال لايرفع إلا بأحد أمرين : بقضاء يرفعه، أو بإقالة يتراضيان عليها، ولا إقالة هنا ولاتراضى، فلم يبق إلا حكم القضاء بالفسخ تنفيذًا لأحكام الشرع، وأيضًا فإن ثبوت العيب وتحقق كونه عيبًا، ثم تحقق كونه حدث قبل القبض، وعدم حصول رضا من العاقد، كل هذه مسائل يجرى التشاح بين الناس فيها، وتختلف الأنظار حولها، ولا رافع للنزاع والخلاف إلا القضاء فاحتاجت إليه.

وعلى ذلك يكون الفرق الذي كان سببًا فى اختلاف حكم الفسخ بخيار الشرط والرؤية عن خيار العيب يقوم على أمرين (أحدهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تتم معها الصفقة فلا تحتاج فى الفسخ إلى القضاء؛ ولا تتم الصفقة مع خيار الشرط؛ لأن الأحكام لاتثبت فى حق من له الخيار، ولا تتم الصفقة مع خيار الرؤية؛ لأن عدم الرؤية يجعل الصفقة غير تامة، أما خيار العيب فالصفقة تتم معه ما دام العلم بالعيب كان بعد القبض. (ثانيهما) أن خيار الشرط والرؤية لاتجرى المشاحة والخلاف فى سببهما غالبًا؛ لأنه معلوم معين، أما خيار العيب فسببه، وهو العيب، موضع نظر أهل الخبرة، ويجرى فيه التشاح والتنازع غالبًا، فاحتاج الفسخ فيه إلى القضاء، ومن الخير أن ينظر القضاء فى أول أدوار الخلاف، بدل أن ينظر بعد تفاقمه.

وراثة الخيار

٢٤٧ ـ قال الشافعى إن كل الخيارات تورث فإن مات من له حق فى الخيار لايصير العقد باتًّا لازمًا، بل ينتقل الحق إلى ورثته. وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن خيار العيب والتعيين يورثان، وخيار الشرط والرؤية لايورثان، فإذا مات من له خيار شرط أو رؤية يصير العقد باتًّا لازمًا.

احتج الشافعى لرأيه بأن الورثة خلفاء الميت فى كل ما تركه من حقوق وأموال؛ لقوله ﷺ من ترك مالا أو حقًّا فلورثته، والاختيار حق للميت متعلق بمال من أمواله فيثبت للورثة؛ لأن الإرث صفة للوارث تجعل الحق ينتقل إليه، ثم

هو حق متعلق بالأموال فينتقل تابعًا لها، وأيضًا فإن خيار الشرط والرؤية يتشابهان مع خيار العيب : لأنهـا جميعًا علة للـفسخ وخيار العـيب يورث، فخيار الشرط والرؤية يورثان أيضًا. واحتج الحنفية بأن خيار الرؤية والشرط ليسا فى معناهما إلا رضا العاقد أو عدم رضاه، والرضا مشـيئة وإرادة، وهما لاتورثان، لأنهما حالان خاصـتان بنفس المورث تذهبان مـعه بموته. ثم إنه ثبت الخيـار فى الشرط والرؤية للوارث فبأى وصف يثبتـان له ؟ لا جائز أن يثبتا له ابتداء، لأنهما يثـبتان للعاقد، وليس هو العاقـد، ولا يثبتان بالخـلافة، لأنهما إرادة العقـد أو عدم إرادته، وذلك لايقبل الخلافة كما بينا.

أما خيار العيب والتـعيين فليسا إرادة ومشيئة فقط : بل همـا حقان متعلقان بالعين، لأن خيار العيب معناه حق سلامة العـين، وخيار التعيين معناه حق تعيين الشىء المملوك من شـيئـين أو ثلاثة، ولما كانت العـين تنتقل إلى الورثـة فلابد أن ينتقل مـعها مـا هو لازم لها، فـهم ورثوا من مورثهم عينًا سلـيمة، وعـينا قابلة للتعيين من بين اثنين أو ثلاثة، لذلك ورثوا خيار التعيين والعيب.

وفى الحق أن الخلاف بين الحنفـية والشافعـية فى مسألة الخيـارات قائم على الخلافات بينهم فى وراثة الحقوق، فالشافعى يورث كل الحقوق سواء أكانت مشيئة وإرادة كخيـار الشرط، وحق الشفعـة ونحو ذلك، والحنفية لايـورثون إلا الحقوق الماليـة، ولذا لم يورثوا خيـار الشرط ولا الشـفعـة، وقد ذكرنا ذلـك فى الأموال فارجع إليه.

عـيوب العقد

٢٤٨ ـ نقصـد بعيوب العـقد الأمور التى تحيط بإنشـاء العقد، فـتؤثر فى الرضا بأن تعـدمه، أو تجعله على أساس غـير صحيح من العلم، فكل مـا يحيط بإنشاء العقد، ويؤثر فى الإرادة، فيعـدم الرضا، أو يجعل تكوين الرغبة تحت تأثير جهل بحال الشىء، أو تغرير فيه فهو عـيب من عيوب العقد يؤثر فيه، فيكون لمن حصل فى جانبه ما أعدم رضاه، أو جعله تحت تأثير خطأ أو تغرير ـ الحق فى فسخ

العقد . وتلك العيوب التى تؤثر فى الإرادة ذلك التأثير أنواع كثيرة مختلفة، مرجعها إلى ثلاثة : الإكراه، والخطأ، والغبن مع التغرير.

الإكراه

٢٤٩ ـ الإكراه معناه فى اللغة إيقاع الكره، فمعنى أكرهت فلانا أثبت ما يكرهه؛ وأوقعته فيه وحملته عليه. وهذا المعنى اللغوى هو الأصل للمعنى الشرعى، لأن معناه فى الشريعة دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاد والتهديد، وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه، ولا يتحقق الإكراه إلا إذا كان المكره قادرًا على تنفيذ ما هدد به، وأن يغلب على ظن المكره تنفيذه ما هدد به. فإذا لم يتحقق أحد هذين الأمرين لم يتحقق الإكراه، لأنه إن كان المكره غير قادر على إيقاع وعيده، فكلامه لغو لا يلتفت إليه، وليس من شأنه أن يحمل شخصًا على أن يفعل ما لايريد، فلا ضرورة تلجئه للعمل إن عمل فإذا عمل مع ذلك كان راغبًا لا راهبًا، وإن لم يقع فى نفس المكره تنفيذ المهدد لوعيده كان فعله برغبته أيضًا، فيكون الرضا متحققًا.

٢٥٠ ـ ولقد قال أبو حنيفة أن الإكراه لايتحقق إلا من السلطان، وقال الصاحبان: إن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره، وذلك لأن الإكراه ليس إلا إيعادًا بإنزال المكروه والأذى الشديد إن لم يفعل، وذلك بتحقيق من كل قوى جبار مسلط، ووجهة أبى حنيفة أن غير السلطان لايستطيع إيقاع ما هدد به، لأن المكره يستطيع أن يستغيث، فيدركه الغوث إن لم يكن المهدد سلطانًا، لأن الناس يغيثون من يؤذيه غير السلطان. والسلطان يغيثه، وأما من يؤذيه السلطان، فلا غوث له، ولا يصرخه أحد.

ولقد جاء فى البدائع «قيل إنه لاخلاف بينهم فى المعنى، إنما هو خلاف زمان، ففى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه، ثم تغيرت الحال فى زمانهما، فغير الفتوى على حسب الحال، والله سبحانه وتعالى أعلم».

٢٥١ ـ والإكراه قسمان : إكراه ملجئ ، وإكراه غير ملجئ ، فالإكراه الملجىء ما يكون التهديد فيه بقتل النفس، أو إتلاف عضو من الأعضاء، أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس، أو العضو [١] أو إتلاف المال جميعه، فإذا كان التهديد بشىء من هذا فالإكراه ملجىء، إذ يكون المكرَه كآلة فى يد المكرِه وإن كان التهديد بما دون هذا كإتلاف بعض المال أو ضرب لايؤدى إلى تلف النفس أو العضو فالإكراه غير ملجىء، فكل ما يكون تهديدًا بأذى ينال النفس غير ما ذكر فى القسم السابق يعد من القسم الثانى، وإن كان الأذى يسيرًا لا يبالى بمثله عادة فلا يعتبر التصرف أو الفعل تحت تأثير إكراه مطلقًا، وحدود الأذى الذى لايبالى به عادة، والأذى الذى يكون التهديد به إكراهًا لا يمكن ضبطها، ولا وضع رسوم واضحة لها، والأولى تركها لتقدير القضاء، ولذا جاء فى الزيلعى فى هذا المقام ما نصه : «ليس فى ذلك حد لايزاد عليه ولا ينقص؛ لأن نصب المقادير بالرأى الممتنع، بل ذلك مفوض إلى رأى الإمام، لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم من لايتضرر إلا بضرب شديد، وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدنى شىء كالشرفاء والرؤساء يتضرر بضربة سوط أو عركة أذن، ولا سيما فى ملأ من الناس أو بحضرة السلطان، فيثبت فى حقه الإكراه بمثله، لأن فيه هوانًا وذلا أعظم من الألم».

٢٥٢ ـ والإكراه بقسميه يعدم الرضا، لأن الرضا رغبة النفس فى الفعل أو التصرف الشرعى، وليس مع الإكراه رغبة. أما التفرقة بين القسمين، فهى فى الاختيار، فغير الملجىء لايمسه عند الحنفية، لأن الاختيار عندهم هو القصد إلى الفعل، وذلك متحقق فى غير الملجىء، أما الملجىء فهو يمس الاختيار، ولا يعدمه، لأن القصد موجود ولكن يفسده، وهما من حيث التصرفات القولية لا فرق بينهما، وأما من حيث الأفعال فبينهما فرق ليس هذا موضعه، فليرجع إليه[٢] فى أمهات كتب الفقه.

---

(١) لم يذكروا حدًا لعدد الضرب الذى يخشى منه تلف النفس أو العضو وبعضهم قدره بعدد ضربات الحد، وأنه غير سديد، لأن المعول عليه تحقق الضرر الملجىء، فإن تحقق فلا معنى لتعيين العدد (البدائع ٧ ـ ١٧٥).

(٢) خلاصته أن الإكراه غير الملجىء ليس له أثر فى إسقاط أحكام الأفعال، أما الملجىء فله أثر، لأنه يسقط أحكام بعض الأفعال، والأفعال بالنسبة له تنقسم إلى أربعة أقسام، وذلك بحسب قوة تحريم الشارع لها، واحتماله السقوط وعدم احتماله (القسم الأول) أفعال منعها الشارع، ولكن جعل المنع قابلا للسقوط، وهذه =

وإنما الذى يهمنا هو الأقوال، ويهمنا على التحقيق التصرفات الإنشائية منها، وهذه التصرفات بالنسبة للإكراه قسمان بينَّاهما فى الكلام فى الرضا : **القسم الأول** تصرفات ليس الرضا بشرط لإنشائها، وهى النكاح والعتاق والطلاق والأيمان، فإن هذه تصرفات لايشترط الرضا لإنشائها عند الحنفية على نحو ما بينَّا، **القسم الثانى** تصرفات يشترط الرضا لصحتها، وهى سائر التصرفات غير ما ذكره.

فأما **القسم الأول**، فقد علمت أنه موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم، وهو يقوم على وجود الاختيار وعدم وجوده، فالشافعى يرى أن الاختيار لايوجد من غير رضا، إذ الرضا والاختيار متلازمان، فما لم يتحقق الرضا لايتحقق الاختيار، وعلى ذلك لايتحقق القصد إلى العقد عند فقد الرضا، فإذا كان ثمة إكراه لايتحقق اختيار ولا قصد لإنشاء العقد، فالألفاظ تفقد معناها، فلا ينعقد العقد بها، لأن المكره ما قصد إلى إنشاء عقد، بل قصد إلى إنقاذ نفسه، وذلك معنى ثابت فى التصرفات كلها، سواء أكانت نكاحًا أم غيره، أما الحنفية فيرون أن الاختيار قد وجد مع الإكراه، لأن الاختيار لايستلزم الرضا، وإذا وجد القصد إلى العقد والألفاظ الدالة عليه، فقد وجد العقد، والنكاح وأخواته تصرفات لاتنفصل أحكامها عن أسبابها وهى الصيغ، فبمجرد وجودها تثبت أحكامها كاملة، وإنما

= يسقط تحريمها عند الإكراه الملجىء، كشرب الخمر، وأكل الخنزير، فإنها محرمة تحريمًا يقبل السقوط عند الاضطرار، فيسقط بالإكراه (القسم الثانى) أفعال الشارع حرمها حرمة لاتقبل السقوط كالقتل والزنى، لأن القتل لايحل لضرورة ما، فلا يحل بالإكراه، لأنه لايصح أن يجعل إتلاف نفس غيره طريقًا لصيانة نفسه، والزنا مثل القتل فى ذلك، وللفقهاء اختلاف طويل فى وجوب القصاص والحد فليرجع إليه (القسم الثالث) منع لايحتمل السقوط، ولكن الشارع رخص فيه بإسقاط المؤاخذة عند الإكراه الملجىء، وذلك هو النطق بكلمة الكفر، فهو حرام حرمة لاتقبل السقوط، ولكن رخص الشارع فى النطق، وإذا امتنع المكره عن النطق بها أثيب بخلاف القسم الأول، فإنه إذا امتنع عند الإلجاء يكون عاصيًا، وإذا نطق هنا مضطرًا لم يؤاخذه الله (القسم الرابع) منع يحتمل السقوط، ولكن فى حال عدم السقوط تجرى فيه الرخصة، وذلك مثل حقوق العباد الخالصة، غير القصاص، فهى تقبل السقوط بإسقاط صاحبها، وتجرى فيها الرخصة عند عدم السقوط، فمن أكره على إتلاف مال الغير يرخص له فى الإتلاف، والأرش على المكره المهدد، لأن الفاعل كالآلة فى يده، والدليل على أن المنع مرخص فيه عند الضرورة أن من كان فى مخمصة شديدة يباح له الأكل من مال غيره، وله أن يقاتله عليه بغير سلاح على ما بينا فى الحقوق (كشف الأسرار ٤ ـ ١٥٠٧).

الرضا موضع تأثيره إنما هو فى ثبوت الأحكام لا فى وجود العقد، فلما كانت الأحكام توجد فور وجود العقد فى النكاح وأخواته لم يكن للرضا تأثير فى أحكامه، فصحت مع فقد الرضا.

هذا هو فقه الخلاف فى انعقاد النكاح وأخواته مع الإكراه وصحته عند الحنفية وعدم صحته مع الإكراه عند الشافعى.

٢٥٣ ـ والفقهاء يسوقون أدلة للشافعى فى هذا، وأدلة للحنفية فلنذكرها : وقد استدل الشافعى رضى الله عنه أولا بقوله ﷺ «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» فلزم أن يكون حكم كل ما أكرهوا عليه عفواً، بمعنى أن يكون ساقطًا لايؤاخذان به، فتسقط أحكام كل التصرفات الشرعية التى تكون مع الإكراه، سواء أكانت نكاحًا أم غيره، وإذا لم تكن لها أحكام مع الإكراه فهى منعقدة. (وثانيًا) بما بينّاه من أن التصرف مع الإكراه لايقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه، فلم يوجد القصد ولا الاختيار، لأن الاختيار لايتحقق من غير رضا عنده، واستدل للحنفية بعموم النصوص المثبتة لهذه العقود، وهى تشمل ما يكون منها مع الإكراه، ومالا يكون معه إكراه، وبأن التصرفات القولية تنعقد بالقصد، وتتأخر الأحكام عند عدم وجود الرضا، كالعقود مع خيار الشرط، والنكاح وأخواته لاتقبل انفصال الأحكام وتأخيرها عن الصيغ، بل توجد الأحكام فور الصيغة كما بينا، فلا حاجة فيها إلى الرضا [1].

٢٥٤ ـ هذه أحكام التصرفات التى لاتقبل النقض، أما التصرفات الأخرى مثل البيع والإجارة والشراء، فقد اتفق الفقهاء على أنها لاتكون صحيحة نافذة مع

---

(١) وإذا وقع الطلاق مع الإكراه إن كان قبل الدخول رجع على من أكرهه (إذا كان الإكراه ملجئًا) ـ بنصف المهر، لأن نصف المهر كان بالطلاق، وهو كان كالآلة فى يده فيه، فلاطلاق منسوب إليه بالنسبة لإتلاف هذا المال، فيرجع عليه به. وإذا انعقد النكاح مع الإكراه، وكان بمهر المثل أو أقل لزم المهر المسمى، وإذا كان المسمى أكثر من مهر المثل لم تصح الزيادة، لأن التسمية لاتصح من الإكراه، إذ تسمية المهر تعتبر تصرفًا ماليًا، فلابد من الرضا فيها، فلا تثبت الزيادة، ويثبت مهر المثل، كأن العقد لم يسم فيه شىء، هذا إذا كان المكره هو الزوج، وإن كان أقل من مهر المثل لايطالب بمهر المثل قبل الدخول، ولها طلب التفرقة لنقصان المهر إذ زال الإكراه، ويسقط حق طلب التفرقة بالرضا صراحة أو دلالة، وإذا دخل بها بالإكراه وجب تكميل مهر المثل، ويستحق بالدخول (البدائع السابع ص ١٨٥).

الإكراه، ولكن اختلفوا بعد ذلك عل ثلاثة أقوال (أولها) قول الشافعى وبعض الفقهاء أن العقد يكون فاسدًا أو باطلا، ولايقبل الإجازة بعد زوال الإكراه، لأن العقد لم يصح مع الإكراه، وإذا لم يصح فهو لم ينعقد، وأساس هذا القول أنه لافرق عند أصحابه بين الفاسد والباطل. (ثانيها) قول أبى حنيفة وصاحبيه أن يكون فاسدًا، ولكن إذا حصل الرضا بعد زوال الإكراه يصير صحيحًا. (ثالثها) قول زفر، وهو أن العقد مع الإكراه يكون موقوفًا على إجازة العاقد المكرة بعد زوال الإكراه، وثمرة الخلاف بين زفر وبين الإمام وصاحبيه تظهر فى صور، منها إذا باع شخص عينًا تحت تأثير الإكراه، فقبضها المشترى، أتكون فى ملكه أم لاتدخل فى ملكه ؟ قال زفر : لا تدخل، لأن العقد الموقوف لايثبت أحكامًا قط قبل الإجازة، وقال أبو حنيفة وصاحباه يملكه، لأن البيع الفاسد يثبت به الملك إذا حصل ومعه قبض.

وحجة الأصحاب الثلاثة أن عقود المبادلات المالية إذا حصلت مع الإكراه كانت حاصلة مع النهى عنها لقوله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لاتأكلواأموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ والنهى هنا لوصف زائد عن ركن العقد، وإذا كان النهى واقعًا على وصف للعقد، فالعقد معه فاسد. وركن العقد قائم لاخلل فيه، لأن العقد صدر عن أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه، غير أن الذى أوجد الخلل فأفسد العقد هو عدم الرضا، والرضا أمر يتعلق بالعاقد المكره، فإذا ثبت الرضا بعد زوال الإكراه، فقد زال سبب النهى، فسلم العقد من الخلل، وبذا يصير صحيحًا.

وحجة زفر أن العقد مع الإكراه لو كان فاسدًا ما ارتفع الفساد بالإجازة، لأن الفاسد لاتجعله الإجازة صحيحًا، إنما الذى تلحقه الإجازة هو الموقوف، فكان كعقد الفضولى.

الغلــط

٢٥٥ ـ الغلط معناه هنا أن يذكـر محل العقد المعين مـوصوفًا بوصف، ثم يتبـين أن هذا الوصف غير مـتحقق فـيه [١]، كمن يـشترى دارًا علـى أنها مبـنية بالآجر، فتبين أنهـا مبنية باللبن، وكمن يشترى ثوبًا على أنه حرير فيـتبين أنه غير حرير، أو على أنه حرير طبـيعى، فيتبين أنه حـرير صناعى، ففى كل هذا يحصل خطأ فى المعقـود عليه، ولا شك أن الغلط على هذا الشكـل يؤثر فى الرضا، لأن الرضا مقدر بحال، ومفروض وجوده لفرض وجودها، فإن تخالفت الحقيقة الواقعة عن الحال المقدرة التى كـان الرضا منصبًا عليـها، فالرضا بالواقع المستـقر لم يثبت إذن، فإذا كان العقد مما يشترط لصحته الرضا، فقد حصل الخلل فيه، بل إن الغلط لايقتصر تأثيره فى الرضا، فقد يترتب على الغلط الحكم بعدم وجود المعقود عليه، فيبطل العـقد، لأن المعقود عليه مـعدوم، كمن اشترى حلـية على أنها من الماس، فيـتبين أنها من الزجـاج، فهذا الخطأ يتـرتب عليه أن عقـد البيع وقع باطلا، لأن محل العقد، وهو حلية الماس غير موجود، بل معدوم فيكون العقد باطلا.

٢٥٦ ـ وعلى ذلك نقـول إن الغلط فى العقد قـسمان : (١) غـلط يترتب عليـه بطلان العقـد (٢) وغلط لايترتب عليـه البطلان، بل يترتب عليـه أن يكون العقد غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط فى جانبه، فيكون له الحق فى فسخ العقد.

فأما **القسم الأول**، فيكون إذا كان المذكـور عند إنشاء العقد جنسًـا، يختلف عن جنس المعين المشار إلـيه عند العقد كالماس والزجـاج. فإن الماس جنس يخالف الزجاج، أو إذا كانا من جنس واحد، ولكن يختلف الانتفاع بالموصوف عن المعين المحسوس اختـلافا بينًا كالدار المبنية بالآجر والدار المبنية باللـبن، فإنهما من جنس واحد، ولكن يتفاوت الانتفاع فيهما تفاوتًا بيِّنًا، فإذا تخالف المذكور عن المشار إليه

---

(١) يذكر الخطأ فى تكويـن العقد فى القـانون بمعنى أوسع من هذا فيشـمل خطأ أحد العاقـدين فيمـا يتعلق بالعاقد الآخر، كـأن يكون فاهما أنه مالك، فيتبين أنه فـضولى، أو يفهم أنه كامل الأهلية فيتبـين أنه ناقصها ونحو ذلك، أما فى الشريعة فأحكام تلك المسائل تذكر فى مواضعها من النيابة، ولا يتكلمون فى الغلط إلا إذا كان فى محل العقد.

المعين ذلك التخالف، فالعبرة فى العقد بالمذكور الموصوف، فيكون المعقود عليه، والتعيين بالإشارة لايلتفت إليه، بل يعتبر ملغى، وإلا كانت العبرة بالمذكور بالاسم، وهو غير موجود، بل معدوم وقت العقد، فيكون العقد قد ولد باطلا، فلا يلحقه رضا بعد ذلك [1].

أما القسم الثانى فيكون إذا كان المذكور فى العقد لم يختلف عن المعين المشار إليه بالحس فى الجنس، ولم يختلف الانتفاع فيهما اختلافًا بيِّن التفاوت، كمن يشترى حيوانًا على أنه ذكر، فيتبين أنه أنثى أو العكس، ففى هذه الحال لايكون العقد باطلا ، بل يكون صحيحًا، ولكن من حصل الغلط فى جانبه يكون له الحق فى فسخ العقد، لفوات وصف مرغوب فيه، إذ لم يتم العقد بهذا الوصف الذى تبين أن المعقود عليه موصوف به، وقد تخلف المذكور عند إنشاء العقد، فلابد لتمام الالتزام من رضا جديد بالحال التى ظهرت وتبينت، وذلك بإعطاء العاقد الذى كان الغلط فى جانبه حق الفسخ.

هذا وإن حكم الغلط فى القسم الأول يسرى فى العقود كلها، وأما القسم الثانى فتسرى أحكامه فى العقود التى يشترط لها الرضا.

الغبن والتغرير

٢٥٧ ـ الغبن هو النقص، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل مما يساويه فى الأسواق، كمن يبيع دارًا بخمسمائة، وقيمتها ستمائة أو يشتريها شخص بسبعمائة وقيمتها ما ذكرنا، أو يستأجر دارًا بعشرة جنيهات فى الشهر وأجرة مثلها ثمانية.

---

(١) ذكر الزيلعى خلافًا فى كون العقد مع هذا النوع من الغلط يكون باطلا أو فاسدًا فقال فى هذا الغلط فى البيع : «يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ، لأنه معدوم، وبيع المعدوم لايجوز إلا فى السلم»، وقال بعضهم إنه فاسد، وهو اختيار الكرخى، لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره، فصار كأنه باع شيئًا بشرط أن يسلم غيره، وذلك فاسد.

أما التغرير فهو أن يجعل العاقد فى حال يعتقد معها أنه أخذ الشىء بقيمته والحقيقة غير ذلك، كأن يجىء دلال فيبيِّن للعاقد أن قيمة المعقود عليه تعادل كذا من الجنيهات، فيدخل فى عقد المعاوضة تحت تأثير ذلك البيان الكاذب، والتغرير لا أثر له فى العقود إلا إذا ترتب عليه غبن، فيقوى حكم الغبن، فليس له إِذَنْ فى الرضا إلا إذا ترتب عليه غبن.

والغبن قسمان : غبن يسير، وغبن فاحش، والحد الفاصل بينهما أن الغبن اليسير ما يدخل فى تقويم المقومين أى تقدير أهل الخبرة فى المعقود عليه، والفاحش مالا يدخل فى تقويم المقومين، فإذا باع شخص عقارًا بألف، وقدره بعضهم بثمانمائة، وبعضهم بتسعمائة، وبعضهم بألف فالغبن يسير، وإذا قدره الجميع ما دون الألف فالغبن فاحش بالنسبة للمشترى، وإذا قدره الجميع بما فوق الألف، ولم يقدره أحد قط بألف أو دونها فالغبن فاحش بالنسبة للبائع. وهذا الفاصل قد ارتضاه كثيرون من الفقهاء، لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين ليس النقص فيه متحققًا، فكان احتماليًّا ولذا كان يسيرًا، وإن لم يدخل تحت تقويم المقومين يكون النقص متحققًا، فيعتبر فاحشًا. ولقد قدر الغبن اليسير بما لم يزد عن نصف عشر القيمة، والفاحش ما زاد عنه، ولكن قال الجصاص فى هذا «أنه لم يخرج مخرج التقدير فى الأشياء كلها، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع ومنها ما يعد أقل من ذلك غبنًا فيه. ومنها ما يعد أكثر من ذلك غبنًا فيه».

وقد قدر نصر بن يحيى اليسير فى العروض بما لايزيد عن نصف العشر (٥٪) وفى الحيوان بما لايزيد عن العشر (١٠٪)، وفى العقار بما لايزيد عن الخمس (٢٠٪) [١] وفى كل ماله سعر معين بما لايزيد عنه أو ينقص، وأساس اختلاف التقدير فى هذه الأجناس هومقدار التفاوت بين تقديرات المقومين فيها، فالعقار يختلفون فيه كثيرًا والحيوان قليلا، والعروض أقل، وماله سعر محدود لايختلفون فيه قط، وعلى هذا نستطيع أن نقول، إن أساس هذا التقدير هو الفاصل الأول، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين وما لايدخل.

---

(١) البدائع الجزء السادس، ص ٢٠، هذا وبعض المذاهب يحد الغبن اليسير بما دون الثلث، لقوله ﷺ، «والثلث كبير» وبعضهم يحده مما دون السدس.

٢٥٨ ـ والغبن اليسير يغتفر فى العقود كلها، لأن كونه غبنًا غير متحقق، والشىء المحتمل الوجود، ولو على طريق الظن لايكون سببًا فى إبطال أو إيجاد خلل فى أمر محقق الوجود، وهو العقد، ولأن الغبن اليسير يقع كثيرًا فى العقود. فكان سهل الاحتمال، ولا ظلم فيه، وقد استثنى مسائل، منها بيع التركات المدينة بدين مستغرق فى مرض الموت، فإذا باع المريض بعض أمواله بغبن ولو يسيرًا وتركته مستغرقة بالدين، ثم مات فى مرضه هذا كان للدائنين أن يفسخوا البيع إلا أن يزيد المشترى بما يدفع الغبن [1]، وذلك لأن حق الدائنين تعلق بمالية تركة المريض. ومالية الأشياء تقدر بقيمتها فلابد إذن أن نسلم لهم القيمة، فإذا نقضت ولو بمقدار يتسامح الناس فيه عادة كان من حقهم المطالبة بسد هذا النقص.

أما الغبن الفاحش، فإنه يؤثر فى العقود التى يكون موضوعها أموال الأوقاف أو أموال المحجور عليهم، أو أموال بيت المال، لأن التصرف فى هذه الأنواع من الأموال يجب أن يكون فى دائرة المصلحة لها، والفائدة الراجحة، وليس من المصلحة فى شىء أن تعقد هذه العقود مع ما فيها من غبن فاحش؛ ولذا جاء فى الدر المختار «إن بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش باطل، وقيل فاسد» ورجح [2] ومثله التصرف فى الوقف ومال بيت المال.

أما فيما عدا المسائل المستثناة، ومنها ما سبق، فالغبن الفاحش اختلف فيه على ثلاثة أقوال.

قال بعضهم إن المغبون ليس له حق الفسخ، والعقد لازم مالم يمنع اللزوم سبب آخر، وهذا الرأى هو المروى فى كتب ظاهر الرأى، وهو رأى أكثر الأئمة. ووجهته أن عقود المبادلات وهى التى يجرى فيها الغبن عقود لازمة، فيجب أن تصان عن الفسخ ما أمكن، ولو أبيح لكل من يناله غبن فى بيع أن يفسخ لصعب الإلزام بها، ولجرى التشاحن والنزاع فى لزومها كثيرًا، ومن جهة أخرى إما أن يكون المغبون قد علم بالغبن وقت العقد أولا، فإن كان عالما بالغبن وقت العقد فقد

(١) كتاب المعاملات الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك.
(٢) رسائل ابن عابدين، الجزء الثانى، ص ٧٤.



أقدم على بينة من أمره، فالرضا بالعقد تام من كل الوجوه، وإما أنه غير عالم بالغبن وقت العقد، وفي هذه الحال كان يمكنه أن يعلم لو تأنى ولم يتسرع فهو المقصر في حق النفس، وعليه أن يذوق مغبة تقصيره، ويبقى للعقود احترامها وصيانتها عن البطلان (١).

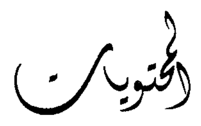
وقال بعض الفقهاء : للمغبون حق الفسخ بسبب هذا الغبن مطلقًا، وهذا الرأى اختاره بعض الفقهاء، ووجهته أن المغبون مظلوم، والظلم يجب رفعه. ومن جهة أخرى فمستحيل أن يرضى شخص بأن يظلم، فلابد أنه أدخل عليه، وذلك يدل على أن كل غبن فاحش هو ضد الرضا إلا إذا كان من رضى به في عقله دخل.

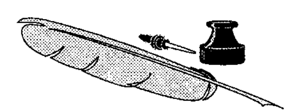
وقال بعض الفقهاء، وهو أعدل الأقوال وأمثلها : إن كان الغبن بتغرير من العاقد الآخر أو دلال فللمغبون الحق في فسخ العقد، لأن الغبن كان نتيجة تضليل وغش فكان المغبون معذورًا، وكان رضاه على فرض عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن لم يصادفه الرضا، فلابد من إعطاء المغبون حق الفسخ، ليثبت رضاه بالعقد من جديد، وبعد أن تبينت حاله من كل الوجوه، وهذا الرأى اختاره أكثر المفتين، ولأصحاب الشافعي أقوال تدل على قبوله، وهو رأى فيه رفق بالناس، وفيه فوق ذلك عدل، ومنع لأن يكون الغش مثبتًا لحق من الحقوق. والحمد لله رب العالمين.

---

(١) يرى الإمام أحمد بن حنبل أن الغبن لايجيز الفسخ إلا في ثلاث أحوال، الحال الأولى إذا تلقى شخص الركبان فباعهم أو اشترى منهم، وهم لايعلمون حال السوق، فلهم الخيار إذا هبطوا السوق، وعلموا أنهم قد غبنوا غبنًا يخرج عن العادة، لأن ذلك ضرب من الخديعة يمكن استدراكه بإثبات الخيار، والثانية النجش، وهو أن يزيد في السلعة شخص لايريد شراء ليغرى المشترى فله الخيار إذا غبن، لأن الناجش خدع بالباطل، إذ في عمله تغرير بالمشترى وخديعة له ـ ولأن النبى ﷺ نهى عن النجش وقال : الخديعة في النار، وروى عن أحمد رضى الله عنه، أن البيع باطل، لأن النهى يقتضى البطلان عند أحمد (على ما تبين في بحث الصحيح والفاسد، والباطل)، الثالثة عقود المسترسل الذى لايحسن أن يماكس»، وفي لفظ «الذى لايماكس»، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه، فشراء هذا الصنف من الناس يجيز له الفسخ إذا غبن غبنًا فاحشًا (ملخص من الشرح الكبير ـ ٤ ـ ٧٧، ٧٨، ٧٩).







مقدمة.	٣
إلمامة موجزة بتاريخ الفقه الإسلامى.	٥
الفقه فى عصر الصحابة : (من ١١ ـ ٤٠ هـ).	١٧
الفقه فى عصر التابعين : (من أول عصر الدولة الأموية إلى قرب آخرها).	٢٤
الفقه فى عصر الأئمة : (من أول القرن الثانى إلى منتصف القرن الرابع الهجرى).	٢٩
١ ـ أبو حنيفة : (٨٠ ـ ١٥٠ هـ).	٣٤
٢ ـ مالك : (٩٣ ـ ١٧٩ هـ).	٣٧
٣ ـ الشافعى : (١٥٠ ـ ٢٠٤ هـ).	٣٩
٤ ـ أحمد بن حنبل : (١٦٤ ـ ٢٤١هـ).	٤٠
الفقه فى دور التقليد : (من منتصف القرن الرابع إلى الآن).	٤٢
الكتاب الأول (فى الأموال والملكية)	٤٥
المال.	٤٧
القيمى والمثلى.	٥٤
العلاقة بين الإنسان والمال.	٦٣
قابلية الأموال للملك والتمليك.	٦٦
الملكية التامة والناقصة.	٦٧
خواص ملك المنفعة وحق الانتفاع.	٧٤
ضمان العين المنتفع بها.	٧٥

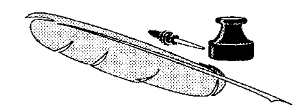
حقوق الارتفاق. ٧٧
حق الشرب والمجرى. ٧٨
إصلاح الأنهار والمساقى. ٨٧
حق المسيل. ٨٩
التصرف فى حقوق الارتفاق. ٩٣
حقوق الجوار. ٩٨
أسباب الملك التام. ١٠٧
إحياء الموات. ١٠٨
الاستيلاء على الركاز. ١٢١
الصيد. ١٣٧
حيازة المباح. ١٣٨
وضع اليد مدة طويلة. ١٤٠
نزع الملك من غير رضا صاحبه. ١٤٢
الشفعة. ١٤٤
شروط الشفعة. ١٥٣
طلب الشفعة. ١٥٩
الملك بالشفعة. ١٦٢
مسقطات الشفعة. ١٦٨

الكتاب الثانى ١٧١
(نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية)

العقد. ١٧٣
ركن العقد. ١٧٦
خيار المجلس. ١٧٩
الإرادة المنفردة، وإنشاؤها للالتزام. ١٨٤
الرضا. ١٩٢
الألفاظ. ٢٠٢

النية والألفاظ. ٢٠٩
الإرادة وآثار العقود. ٢١٦
حرية التعاقد وما يجب الوفاء به. ٢٢٣
الشروط المقترنة بالعقود. ٢٣٥
صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره. ٢٤٥
محل العقد. ٢٥٤
العاقد ـ أهلية العاقد. ٢٦١
أهلية الأداء. ٢٦٩
أهلية المرأة فى الشريعة الإسلامية. ٢٩١
المريض مرض الموت. ٢٩٨
أهلية المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى. ٣١٨
الولاية. ٣٢٤
العقد بالوكالة. ٣٢٦
الفضولى. ٣٣٧
تولى العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين. ٣٤٣
أوصاف العقد. ٣٤٩
أقسام العقد الصحيح. ٣٥٨
الخيارات. ٣٦٣
خيار التعيين. ٣٦٤
خيار الشرط. ٣٦٨
خيار الرؤية. ٣٧٤
خيار العيب. ٣٨٠
الفسخ بالخيارات وحاجته إلى القضاء. ٣٨٤
وراثة الخيار. ٣٨٥
عيوب العقد. ٣٨٦
الإكراه. ٣٨٧
الغلط. ٣٩٢
الغبن والتغرير. ٣٩٣

مؤلفات



الإمام الشيخ محمد أبو زهرة

(١) خاتم النبيين (ثلاثة أجزاء في مجلدين).
(٢) القرآن (المعجزة الكبرى).
(٣) أبو حنيفة.
(٤) مالك.
(٥) ابن حنبل.
(٦) الشافعي.
(٧) الإمام زيد.
(٨) ابن تيمية.
(٩) ابن حزم.
(١٠) الإمام الصادق.
(١١) الجريمة في الفقه الإسلامي.
(١٢) العقوبة في الإسلام.
(١٣) تاريخ المذاهب الإسلامية (جزءان في مجلد واحد).
(١٤) الأحوال الشخصية.
(١٥) أحكام التركات والمواريث.
(١٦) أصول الفقه.
(١٧) الخطابة.
(١٨) الوحدة الإسلامية.
(١٩) تاريخ الجدل.
(٢٠) الملكية ونظرية العقد.
(٢١) شرح قانون الوصية.
(٢٢) محاضرات في الوقف.
(٢٣) محاضرات في عقد الزواج.
(٢٤) محاضرات في النصرانية.
(٢٥) مقارنات الأديان.
(٢٦) الدعوة إلى الإسلام.
(٢٧) تنظيم الإسلام للمجتمع.
(٢٨) تنظيم الأسرة وتنظيم النسل.
(٢٩) الولاية على النفس.
(٣٠) العلاقات الدولية في ظل الإسلام.
(٣١) التكافل الاجتماعي في ظل الإسلام.
(٣٢) المجتمع الإسلامي في ظل الإسلام.
(٣٣) العقيدة الإسلامية.
(٣٤) بحوث في الربا.
(٣٥) في المجتمع الإسلامي.